

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES
SOCIÉTÉS CIVILES EN COMMANDITE
OU ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 14 janvier 1907, à 1 heure

PAR

Georges WAGNER

Avocat

Président . M. THALLER, professeur.

Suffragants: } MM. PIÉDELIÈVRE, professeur.
TISSIER, agrégé.

PARIS

VIGOT FRÈRES, ÉDITEURS

23, PLACE DE L'ÉCOLE-DE-MÉDECINE, 23

1907

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES
SOCIÉTÉS CIVILES EN COMMANDITE
OU ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 14 janvier 1907, à 1 heure

PAR

Georges WAGNER

Avocat

Président . M. THALLER, professeur.

Suffragants: } MM. PIÉDELIÈVRE, professeur.
TISSIER, agrégé.



PARIS

VIGOT FRÈRES, ÉDITEURS

23, PLACE DE L'ÉCOLE-DE-MÉDECINE, 23

1907

LES

SOCIÉTÉS CIVILES EN COMMANDITE

OU ANONYMES

CHAPITRE PREMIER

Les sociétés civiles à forme commerciale avant 1893.
La loi du 1^{er} août 1893. Les difficultés d'interprétation
qu'elle soulève.

Au commencement du XIX^e siècle, les seules sociétés qui eussent un certain développement étaient des sociétés commerciales. Les sociétés civiles étaient peu nombreuses et avaient peu d'importance ; ce n'est, en effet, que depuis cette époque que sont apparues les raisons qui en ont provoqué la multiplication et favorisé l'extension. Les sociétés civiles, à l'époque de la confection du Code civil, n'étaient que de modestes associations n'ayant qu'un personnel restreint d'associés et qu'un patrimoine peu considérable. Elles étaient ce qu'on les avait connues sous l'ancien régime. Aussi bien les

règles traditionnelles de notre vieux droit, inspirées elles-mêmes en grande partie par les souvenirs du droit romain, parurent suffisantes aux rédacteurs du Code. On n'éprouva pas le besoin d'apporter une attention excessive à l'élaboration des principes qui devaient réglementer cette matière, si peu pratique alors, des sociétés. On se borna à transporter, sans modification sérieuse, dans la législation civile nouvelle l'ensemble des dispositions du vieux droit.

Mais, au cours du XIX^e siècle, des transformations économiques importantes se produisirent qui amenèrent d'abord une augmentation considérable du nombre des sociétés civiles et surtout une orientation nouvelle de leurs procédés de constitution et de fonctionnement. On vit apparaître les grandes opérations immobilières, les exploitations intensives des mines, carrières, en général de toutes les forces naturelles, et enfin les négociations les plus variées dont beaucoup, au point de vue juridique, dépendent du droit civil. La plupart de ces entreprises exigèrent des capitaux considérables. Des sociétés civiles furent formées pour en opérer le rassemblement. Ces sociétés se constituaient dans des conditions qui n'étaient évidemment plus celles qu'avaient prévues les rédacteurs du Code civil ; elles n'étaient plus des sociétés étroites, comme ils les avaient connues, et comme les avait connues, avant eux, notre ancien droit, c'est-à-dire, des associations formées par un petit nombre de personnes en vue d'opérations de médiocre importance ; des sociétés généralement formées entre personnes unies par des liens de parenté ou de sympathie en vue de l'exploitation ou de la mise en valeur de patrimoines se trou-

vant dans un état d'indivision souvent subi plutôt que voulu.

Mais, au contraire, les sociétés civiles, qui furent créées au cours du XIX^e siècle, et surtout dans la seconde moitié du XIX^e siècle, étaient des organismes plus considérables et qui, par leurs besoins et leurs tendances, étaient bien plus comparables aux sociétés commerciales qu'aux sociétés civiles telles qu'elles étaient connues au temps de la confection du Code civil. Et, en effet, comme les grandes sociétés commerciales, elles avaient besoin de rassembler des capitaux parfois très importants, d'où la nécessité de faire appel au concours de nombreux associés ; les sociétés civiles, beaucoup d'entre elles au moins, vont s'ouvrir sur le public dont elles vont solliciter l'appui et les ressources.

Les rapports des associés entre eux, comme les rapports des associés avec les tiers vont subir des modifications inévitables. Il est évident que, dans une société qui se constitue par la réunion d'un très grand nombre d'associés, les rapports entre ceux-ci ne peuvent plus être les mêmes que ceux qui existent entre les membres d'une petite société qui ne s'associent, en général, que parce qu'ils se connaissent bien et ont les uns pour les autres une estime réciproque.

Plus le nombre des associés devient considérable, plus les liens personnels qui peuvent unir les associés entre eux deviennent lâches.

Dans beaucoup de cas, ces liens personnels n'existeront même pas ; ce qui rattache également tous les associés à la société, c'est le fait commun du versement de fonds dans la masse sociale, c'est la poursuite ano-

nyme de bénéfices s'effectuant par l'intermédiaire d'organes centraux d'administration et de gestion. La société civile de cette nature fonctionne à la manière des sociétés commerciales, mais il est clair qu'elle ne fonctionne plus selon les procédés qui étaient normaux, à l'époque de la confection du Code civil.

Les rapports des associés avec les tiers ne pouvaient pas être non plus dans ces sociétés civiles agrandies ce qu'ils devaient être habituellement dans la conception originaire, et les modifications des règles traditionnelles sur ce point devaient soulever des questions juridiques des plus intéressantes ; car, c'est surtout par ce côté que l'évolution des procédés de constitution et de fonctionnement des sociétés civiles était vraiment importante ; en effet, s'il est permis, dans une large mesure, aux associés de régler comme ils l'entendent la nature et la portée de leurs obligations mutuelles, il dépend certainement beaucoup moins d'eux de statuer aussi souverainement sur les points qui concernent leurs relations avec les tiers.

Cependant on conçoit bien que les anciennes manières d'organiser les responsabilités et les devoirs des associés vis-à-vis des tiers n'aient pas été considérées comme adéquates aux aspirations des grandes entreprises civiles. Dans la société civile, telle qu'elle fonctionnait en fait à l'époque de la rédaction du Code civil, les associés répondaient des engagements sociaux sur tous leurs biens et la responsabilité qu'ils avaient encourue, *nomine sociali*, pesait sur eux de la même manière que pour toute autre obligation du droit commun. Cette responsabilité n'a rien d'extraordinaire, quand elle naît à l'occasion d'actes d'une société dont tous les associés,

à raison de leur petit nombre, de leurs relations réciproques et de la nature de l'objet social, peuvent tous suivre de près l'administration et la marche ; cette responsabilité n'est pas plus exorbitante que celle que peut encourir l'associé, lorsqu'il fait ses affaires personnelles.

Il en va autrement quand il s'agit d'une société dans laquelle le cercle des associés est très large, les capitaux considérables, l'exploitation de l'entreprise sociale complexe. La majorité des associés n'intervient plus d'une manière aussi active dans la gestion de la société ; elle s'en remet naturellement beaucoup à ceux qui ont les pouvoirs d'administration ; d'ailleurs les affaires de la société leur sont plus difficilement appréciables ; en réalité la société se détache plus ou moins de la personne des associés qui la composent pour apparaître comme un organisme intermédiaire entre la masse des associés et les tiers qui traiteront avec elle, comme un organisme central qui reçoit les versements de fonds des associés, les utilise et leur en transmet les bénéfices. Les choses se passent-elles ou peuvent-elles se passer autrement dans une entreprise importante montée en société ? En général non. Les associés, alors, ne ressemblent plus aux associés des petites sociétés civiles ; il n'existe pas chez eux comme chez ces derniers, cette réunion des efforts individuels fournis par chacun comme s'il faisait sa propre chose et en vue d'un résultat qu'il a voulu précisément poursuivre en entrant dans la société ; mais les associés de nos sociétés civiles étendues poursuivent avant tout un bénéfice, un dividende dont leur versement de fonds, leur apport constitue la raison ; et ils s'en re-

mettent à ceux qui gèrent la société du soin de diriger immédiatement les affaires communes. Leur mentalité est souvent en définitive bien plus celle de prêteurs d'argent que de véritables associés.

Or, étant données ces conditions de fait dans lesquelles les associés entrent dans la société, il est évident que la responsabilité du droit commun est faite pour les effrayer, car, très souvent, ils n'ont pas la perception très lucide de l'étendue des risques qu'elle peut entraîner ; ce qui est certain, c'est qu'à raison de l'importance même de l'entreprise sociale, les risques peuvent être très considérables. La même façon d'envisager les choses, qui conduit les associés à se considérer plutôt comme des bailleurs de fonds, doit les amener à chercher les moyens de limiter leurs obligations dans les dettes sociales, dans une proportion qu'ils peuvent déterminer au moment même où ils souscrivent à l'acte constitutif de société. C'est ce besoin qui a suscité, en droit commercial, la création des types les plus intéressants de sociétés, savoir : les sociétés en commandite et la société anonyme.

Quand les entreprises civiles se sont trouvées sous le coup des nécessités qui, depuis longtemps, s'étaient manifestées dans le domaine du commerce, elles ont tenté d'adapter à leurs statuts les procédés de limitation de responsabilité dont elles trouvaient l'exemple et la démonstration des avantages dans les statuts des sociétés commerciales. Le mécanisme de la commandite simple ou par actions, celui de la société anonyme aboutit, en effet, à affranchir les associés commanditaires ou actionnaires de la responsabilité indéfinie de toutes les obligations sociales qui ne continue à peser aussi

lourdement que sur les seuls associés en nom, qui même, dans la société anonyme, ne pèse, sur aucun des associés que dans la mesure de son apport. Ce procédé de limitation des risques est d'une commodité qu'il est bien inutile de mettre en relief tant elle est évidente ; elle satisfait particulièrement la tendance qui, comme je le disais plus haut, doit être naturellement celle de toutes les personnes qui, par le versement d'un apport, dans la masse d'une société importante, recherchent avant tout, le dividende, c'est-à-dire, un bénéfice comparable à l'intérêt d'une avance d'argent.

En résumé, l'extension prise par les sociétés civiles depuis le Code civil, devait les conduire à se transformer et à introduire dans leurs statuts des clauses qui n'y figuraient pas autrefois et au premier chef des dispositions ayant pour objet le cantonnement des risques sociaux, à certaines portions déterminées du patrimoine des associés.

Mais l'extension et le développement des affaires des sociétés civiles ne furent pas les seules raisons qui déterminèrent une évolution dans l'économie des principes traditionnels de la matière ; il n'y eut pas que des sociétés considérables à s'essayer à ces modifications ; d'autres mobiles plus ou moins louables agirent également dans ce sens. L'esprit de spéculation pénétra, au cours du xix^e siècle, dans les milieux privés et ne fut plus aussi renfermé qu'autrefois dans les limites du domaine commercial ; le goût des grands bénéfices, recherchés dans les entreprises audacieuses, fut cultivé par les lanceurs d'affaires ; ceux-ci sentirent vivement l'utilité qu'ils pourraient tirer de l'adaptation aux entreprises civiles de certaines stipulations des contrats de

sociétés commerciales et ainsi par exemple de la limitation de responsabilité ; il est certain que cette particularité, habilement exploitée par les fondateurs de sociétés, est de nature à rassembler des capitaux en vue des entreprises les plus problématiques ; elle leur permet d'allier aux espérances de gros gains l'assurance contre les gros risques et ce mobile fut peut-être encore plus déterminant que les nécessités, que j'indiquais plus haut comme inhérentes aux grandes entreprises, pour engager les sociétés civiles dans la voie des procédés de constitution empruntés au droit commercial qui les connaissait et les mettait en pratique depuis longtemps.

La limitation de responsabilité fut un des traits qui se rencontrèrent toujours dans les sociétés civiles dont la légalité, comme je vais l'exposer plus loin, fut mise en question. Ce fut même l'un des traits les plus saillants et à ce titre j'aurai à y revenir souvent au cours de cette étude.

Cependant d'autres particularités, ignorées dans la conception courante de la société civile au moment de la rédaction des Codes, apparurent également, suscitées d'une manière générale, par les mêmes raisons qui avaient engendré les stipulations restrictives de responsabilité.

Dans la société civile connue des législateurs de 1804, le lien qui unissait les associés entre eux était à la fois étroit et ferme. L'associé était rattaché à la société, personnellement, sans pouvoir se substituer un représentant en dehors du consentement unanime de tous les autres associés, et cette situation devait durer autant que la société elle-même ; en principe les causes qui

empêchaient l'un des associés de continuer son concours à la marche des affaires communes entraînaient la dissolution de la société.

Or cette conception des rapports des associés entre eux se manifeste comme gênante dans les sociétés comme celles qui vont se former de plus en plus dans le courant du *xix^e* siècle.

J'ai montré que le lien social devait nécessairement se relâcher dans des associations ayant un nombre relativement élevé de membres, où la considération du capital apporté joue un plus grand rôle que celle de la personnalité propre de celui qui l'apporte. De plus les entreprises considérables sont susceptibles d'une durée plus longue en général que les modestes exploitations que géraient les sociétés d'autrefois. La solidité du lien social et son caractère strictement personnel qui n'avaient rien d'absurde dans ces dernières sociétés, ne sont pas pratiques dans les premières.

Les innovations consistèrent ici à imprimer une modification à la nature du droit d'associé lui-même, en le dépouillant dans une mesure plus ou moins large de son caractère de droit individuel, attaché à la personne de son titulaire. Le droit d'associé fut considéré comme transmissible. A vrai dire, le Code civil avait bien prévu la subrogation d'un associé nouveau dans les droits d'un associé précédent ; mais la conception du Code présentait ce désavantage que ce résultat ne se trouvait atteint qu'à la condition du consentement unanime de tous les associés. Dans une société à personnel nombreux, l'adhésion générale de tous à une cession de part sociale, n'est pas pratiquement réalisable. En tous cas elle comporte des difficultés éviden-

tes et rend la transmission du droit malcommode.

Le droit commercial ici encore offrait des exemples : dans les sociétés par actions, la part sociale est mobilisée d'une manière complète ; l'associé qui vend son action la transmet en principe, en dehors de l'autorisation des autres membres de la société, ce qui donne à chacun la faculté de quitter la société quand bon lui semble ; les inconvénients qui résultent de la solidité excessive du lien social apparaissent bien ici, par comparaison avec les avantages qui résultent de sa souplesse et de sa fragilité ; le nouveau titulaire succède à l'ancien en dehors de toute intervention ou contrôle de la société et le droit commercial a même donné toute sa valeur à cette faculté de cession en la rendant possible par des procédés particulièrement simples.

Des sociétés civiles s'ingénierent à introduire dans leurs statuts les modes commerciaux de transmission de parts sociales — les procédés de négociation —. Il était naturel que ces expériences fussent tentées par des sociétés qui avaient précisément les mêmes besoins que les sociétés commerciales auxquelles — abstraction faite de la qualification différente de leurs opérations — elles étaient identiques par la composition de leurs capitaux, de leur personnel d'associés et leurs tendances économiques.

D'autre part, outre cette raison tirée de l'importance de la société, les autres mobiles qui avaient incité la pratique à adapter aux sociétés civiles les stipulations restrictives de responsabilité intervinrent également ici pour les amener à mobiliser leurs parts en leur donnant la forme négociable. On comprit bien dans le monde des lanceurs d'affaires, qu'en faisant

miroiter aux yeux du public les avantages que possèdent les parts d'associés facilement transmissibles on obtiendrait plus commodément les souscriptions. La part négociable étant d'un trafic aisé, les porteurs peuvent la vendre au moment où ils le jugent convenable ; cette part devient ainsi une valeur de spéculation, c'est-à-dire conforme aux desiderata habituels de ceux qui placent des capitaux dans des entreprises de société.

Mais, en droit commercial, ce n'est pas seulement dans la commodité plus grande du mode de cession que réside l'originalité de la négociation. La négociation est, au point de vue juridique, une opération différente de la cession et ce n'est qu'en prenant ce dernier terme dans une acception large et, en somme, vague que l'on peut la traiter de cession. La négociation possède une vertu particulièrement intéressante. Elle opère dans les rapports de la société et de l'associé qui transmet son titre, une rupture, entre l'une et l'autre bien plus complète que celle qui résulterait d'une simple cession. L'associé devient en principe entièrement étranger aux obligations et aux droits attachés à la propriété du titre ; le lien de droit qui existait entre l'associé et la société disparaît ; ce n'est pas ce lien de droit qui subsiste entre la société et l'acquéreur du titre, mais c'en est un nouveau qui apparaît. Cette conception de la négociation est pleine de conséquences pratiques du plus haut intérêt ; et on comprend assez quel attrait en résulte pour le titre qui est transmissible sous le bénéfice de ces règles de la négociation. Celui qui cède le titre se trouve après la transmission comme s'il n'avait jamais été titulaire de la qualité d'associé. Il ne peut plus être pour-

suivi à raison des dettes sociales et même, dans l'hypothèse où il n'aurait pas intégralement versé le montant de la part qu'il a souscrite, on ne peut pas lui en demander le solde. De son côté l'acquéreur après la transmission se trouve investi d'un droit qui prend sa source dans des conventions où il joue en face de la société un rôle personnel, si bien qu'il ne devra et ne pourra jamais être considéré comme le simple représentant ou ayant cause du précédent titulaire.

Il importe de dire toutefois que si la négociation doit être ainsi comprise en principe, les règles positives du droit subordonnent la réalisation de ses effets à certaines conditions qui en diminuent considérablement la portée.

Néanmoins, et malgré ces restrictions, la négociation constitue encore un procédé de transmission plus entier et plus définitif que tout autre. Les sociétés civiles, pour les raisons multiples que j'ai mises en évidence plus haut, étaient inclinées à l'introduire dans leurs statuts et à fractionner leur capital en actions douées des avantages juridiques que je viens de signaler.

Limitation de responsabilité et négociation des parts, voilà en résumé les deux particularités que les sociétés civiles, à l'instar des sociétés commerciales, prétendirent transposer à leur usage. La jurisprudence nous offre l'exemple surtout dans la seconde moitié du XIX^e siècle et après 1867 d'un grand nombre de sociétés civiles : sociétés de mines, d'eaux minérales, d'enseignement, qui sont constituées dans les conditions que je viens d'exposer (D. P., 1868. 2. 244. S., 1878. 2. 305).

Une question se posait à l'égard de ces sociétés. Les imitations qu'elles faisaient des procédés commerciaux

devaient-elles être considérées comme légitimes ?

Jusqu'à présent, je n'ai pas pris parti sur cette question, qui n'aurait d'ailleurs qu'un intérêt absolument rétrospectif si les controverses qu'elle a provoquées ne s'étaient pas, dans une certaine mesure, reproduites depuis la loi du 1^{er} août 1893, qui avait pour but de les faire cesser.

Il résulte des développements que j'ai présentés jusqu'à ce moment que les procédés de constitution de forme commerciale copiés par les sociétés civiles étaient des innovations au type de société tel que les rédacteurs du Code civil avaient pu le concevoir à leur époque. Mais ces innovations n'étaient pas nécessairement illégales et bien qu'elles n'eussent pas été expressément prévues en droit civil, comme elles l'avaient été en droit commercial, il n'en fallait pas conclure qu'elles étaient prohibées.

Les avis étaient partagés.

M. Thellier de Poncheville, dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi qui devait aboutir à la réforme de 1893, a bien mis en relief les hésitations qui se manifestaient à ce sujet.

« Restent-elles, disait-il, sous l'empire des règles tracées par les articles 1863 et suivants du Code civil ? ou bien l'adoption des formes que l'on qualifie habituellement de commerciales a-t-elle une efficacité réelle en ce qui concerne les règles qui désormais régiront le fonctionnement de la société, les obligations et les responsabilités de ceux qui ont concouru à sa fondation ou à son gouvernement, les rapports des associés entre eux et avec les tiers ? Les membres de la société sont-ils de véritables actionnaires, tenus seulement de réa-

liser leur apport et rien de plus ? Sont-ils, au contraire des associés, tels que l'entend la loi civile, indéfiniment responsables du passif de la société, au prorata de leur part virile ? L'inaccomplissement de certaines des prescriptions de la loi de 1867, entraînera-t-il, conformément à l'article 42 de cette loi, non seulement la nullité de la société ou des actes et délibérations entachés d'irrégularité, mais encore la responsabilité solidaire des fondateurs, des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été dûment vérifiés et approuvés ? Enfin les peines correctionnelles dont la loi de 1867 punit un assez grand nombre d'infractions à ses dispositions, sont-elles ici applicables ? Autant de questions dont la solution reste incertaine (1). »

Les solutions — que je ne veux examiner que sommairement en ce moment, pour éviter des redites sur une matière que je serai obligé de reprendre en détail dans une autre partie de cette étude — les solutions générales de la doctrine et de la jurisprudence constituaient une théorie assez incohérente.

Partant de cette constatation que les statuts des sociétés civiles litigieuses leur donnaient une allure de sociétés commerciales, suivant les cas en commandite ou anonymes, on en tirait la conclusion suivante : ces sociétés doivent être soumises aux obligations impératives que la loi commerciale édicte pour la formation et l'administration des sociétés ; ainsi les prescriptions concernant la publicité, la souscription du capital social, le montant des versements, les conditions de la mise des titres sous la forme au porteur

1. *Journal officiel*, 15 avril 1890, *Doc. parl.*, annexe n. 280, p. 120.

devaient être observées. On invoquait à l'appui de cette théorie des arguments tirés de l'ordre public, qui, ayant inspiré la réglementation commerciale, devaient également intervenir en faveur de toutes les parties intéressées à la marche loyale des sociétés civiles.

Cette manière de voir n'était pas unanime. On la combattait en faisant observer que les dispositions d'une nature impérative comme celles qui concernent les sociétés commerciales ne peuvent pas être appliquées par transposition à des sociétés civiles pour lesquelles elles n'avaient pas été faites; cette façon de procéder, bien que s'inspirant d'une identité de motifs existant entre deux situations comparables, n'en paraissait pas moins arbitraire à certains.

Je crois que c'est la première solution qui avait cependant les faveurs de la jurisprudence pour laquelle les considérations d'ordre pratique sont souvent déterminantes.

Ces discussions étaient regrettables parce qu'elles mettaient en définitive les sociétés civiles litigieuses dans une situation imprécise et précaire. Il était désirable que l'on y mît fin par voie législative.

En 1867, au moment où l'on préparait la grande loi sur les sociétés commerciales, on proposa d'y insérer des dispositions sur les sociétés civiles constituées dans les formes dites commerciales. Le Gouvernement s'y opposa: il lui paraissait d'une mauvaise méthode de réunir dans le même texte des règles concernant, à la fois, des sociétés commerciales et des sociétés civiles. Il promit, d'ailleurs, de présenter et de faire voter une loi spéciale à ces dernières. Ces promesses ne se réali-

sèrent pas et l'on dut attendre jusqu'en 1890, que la question fut reprise.

La loi de 1867 contribua même, indirectement, à enlever aux sociétés civiles à formes commerciales, la plus sérieuse des garanties de légalité et de validité qu'elles eussent eu jusque-là. On sait que la loi de 1867, reprenant un principe déjà admis sous certaines restrictions par la loi de 1863, consacra définitivement la suppression de l'autorisation gouvernementale qui, jusqu'alors, avait été l'une des conditions indispensables de la création des sociétés par actions (article 37 du Code de commerce). Or il avait toujours été admis que les sociétés civiles étaient fondées à solliciter cette autorisation gouvernementale. C'était une mauvaise interprétation de la loi, car l'article 37 du Code de commerce ne permettait au Gouvernement d'user de son pouvoir qu'en faveur des sociétés de commerce et nullement en faveur des sociétés civiles. Quoi qu'il en soit, il était constant en fait que l'autorisation pouvait être accordée à ces dernières. Les lois de 1863 et de 1867 leur enlevèrent cette ressource.

Le 21 janvier 1890, M. Thellier de Poncheville déposa à la Chambre des députés une proposition de loi relative aux sociétés civiles par actions (1). Il y exposait, dans les termes que j'ai rapportés plus haut, la situation de ces sociétés et il déclarait que « de telles incertitudes, on peut même dire de telles incohérences » devaient « cesser au plus tôt ».

Cette proposition devait aboutir au vote de l'arti-

1. *Journal officiel*, 15 avril 1890. *Doc. parlementaires*. Annexe, p. 120, n. 280.

cle 6 de la loi du 1^{er} août 1893 qui constitua un article 68, ajouté à la loi du 24 juillet 1867. « Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. »

Un paragraphe de l'article 7 de cette même loi de 1893 contenait des dispositions transitoires en vue de la transformation des sociétés civiles constituées antérieurement à la loi.

On était en droit de penser, après la promulgation de ces textes nouveaux, que les difficultés qui existaient auparavant, étaient supprimées à jamais. Cependant il n'en était rien. L'application de la loi de 1893 a provoqué des controverses considérables dont l'une remet en question des difficultés analogues à celles qui s'élevaient avant 1893 et l'on peut dire que la réforme n'a que très imparfaitement atteint son but.

Cette étude aura pour objet l'examen des discussions nées de l'interprétation de la loi du 1^{er} août 1893.

La première consiste à déterminer les caractères essentiels et distinctifs des sociétés civiles qui tombent sous l'application de l'article 68 nouveau. Il résulte de ce texte, que j'ai cité quelques lignes plus haut, que les sociétés civiles peuvent se trouver soumises à l'ensemble des prescriptions auxquelles sont assujetties les sociétés commerciales, mais cette éventualité ne se produit que dans les hypothèses prévues par la loi; dans les autres cas, les sociétés civiles continuent à relever de leur législation propre, c'est-à-dire des règles du Code civil. Or la controverse consiste à savoir quelles sont exactement les conditions qui entraînent pour les

sociétés civiles la soumission aux lois et usages du commerce. Il s'agit de délimiter le champ d'application de la loi de 1893, et de tracer la frontière des domaines respectifs des lois civile et commerciale.

La seconde difficulté porte sur le point de savoir si la commercialisation qui résulte de la loi s'étend des sociétés elles-mêmes à l'ensemble des actes juridiques qui se rattachent à ces sociétés. Je précise. Il y a lieu de distinguer, en effet, les sociétés-personnes morales et les actes qu'elles font. Les sociétés civiles qui tombent sous l'application de la loi de 1893 sont déclarées commerciales, mais il ne faut pas en conclure nécessairement que les actes qu'elles font, sont par cela même commercialisés. Si ceux-ci, par nature, sont civils — et, en règle générale, les opérations d'une société commercialisée seront civils par nature — doit-on néanmoins leur étendre les règles du droit commercial?

Quelle a été, à ce sujet, la volonté du législateur de 1893? Cette question est discutée, et il importe que cette étude en fournisse une solution.

Enfin il me restera à prendre parti sur la troisième et dernière controverse : elle a pour objet la situation des sociétés civiles constituées dans des formes commerciales, antérieurement à la loi de 1893.

Cette loi n'a pas eu d'effet rétroactif ; quel est donc aujourd'hui le régime des sociétés civiles créées avant sa mise en vigueur ? C'est une question identique à celle qui se posait avant 1893, puisqu'il s'agit, abstraction faite de la loi votée à cette époque, de déterminer la condition juridique des sociétés civiles, constituées dans des formes plus ou moins empruntées à la pratique commerciale.

CHAPITRE II

Recherche des caractères essentiels et distinctifs des sociétés civiles soumises à l'application de l'article 68. Sanctions de ce texte.

SECTION PRÉLIMINAIRE

J'ai dit que l'article 68 nouveau soumet les sociétés commercialisées, suivant ses termes mêmes, aux lois et usages du commerce. J'ai dit également qu'il y avait une controverse sur l'étendue exacte des obligations qui découlaient de ce texte ; mais certains points peuvent être considérés comme incontestables et ainsi par exemple, il est hors de doute que l'ensemble des règles de fond et de forme, que contient la loi du 24 juillet 1867, est applicable aux sociétés commercialisées ; il est hors de doute encore que ces sociétés sont comme des sociétés commerciales, passibles de la faillite, justiciables des tribunaux consulaires, au moins pour les contestations entre associés et qu'elles sont tenues d'avoir une comptabilité, conforme aux prescriptions du Code de commerce. De toutes ces obligations qui se trouvent étendues aux sociétés civiles, lorsqu'elles sont commercialisées, les plus lourdes sont, d'une manière évidente, celles qui résultent de

l'application qui leur est faite de la loi de 1867. On sait combien la réglementation qu'elle établit est minutieuse et compliquée. Gênante d'une manière générale pour tous les fondateurs de sociétés, pour tous les lanceurs d'affaires, elle l'est encore bien plus pour ceux dont les intentions ne sont pas loyales ; les prescriptions multiples, concernant la souscription du capital, le versement en espèces d'une fraction des parts sociales, la vérification des apports en nature, l'approbation des avantages particuliers, etc., sont souvent d'une observation difficile. En somme on ne s'y résout qu'à regret. Il faut remarquer, en outre, que les exigences de la loi de 1867 sont sanctionnées par des pénalités rigoureuses.

Le Code civil, sur ce sujet des sociétés, ne contient aucune réglementation analogue. En définitive, la volonté des parties intéressées y est à peu près souveraine ; leurs conventions n'ont pas un cadre préétabli et nécessaire comme celles des associés du commerce. Il y a là une différence entre les deux législations qui peut être souvent considérée comme une supériorité notable ; je me place, bien entendu, en ce moment, au point de vue particulier de ceux qui sont soumis à la loi et non à celui du législateur.

Les sociétés civiles, semble-t-il, auraient donc un intérêt pratique à vivre sous le régime de leur loi naturelle plutôt que de se placer sous le régime moins agréable d'une loi exceptionnelle. Sans doute. Mais les sociétés civiles ne sont-elles pas obligées de faire soumission à cette dernière, afin de pouvoir réaliser certains avantages que leur loi propre est impuissante à leur assurer ? Les inconvénients de la loi commerciale

ne sont-ils pas, en définitive, une sorte de tribut que les sociétés civiles doivent se résigner à acquitter afin de participer à des avantages qu'elles ne peuvent acquérir autrement ?

J'ai exposé quelles étaient les particularités de l'économie des sociétés commerciales que des sociétés civiles avaient tenté après le Code civil — surtout dans la seconde moitié du xix^e siècle — d'adapter à leurs statuts : c'étaient la limitation de responsabilité et la division du capital social en parts négociables.

Après la loi de 1893, la situation restait la même en ce sens que les sociétés civiles avaient toujours à satisfaire les mêmes aspirations : les stipulations restrictives de responsabilité, le fractionnement du capital en titres négociables présentaient toujours pour certaines d'entre elles le même caractère d'utilité, mais la loi de 1893 avait modifié l'état des choses en ce qu'après sa promulgation les sociétés civiles, qui se commercialisaient dans les termes de l'article 68, jouissaient du bénéfice d'une position juridiquement indiscutable : la légalité des emprunts faits par ces sociétés aux types commerciaux était hors de doute.

Mais une autre question se pose ; les sociétés civiles ne pouvaient-elles pas, en dehors de toute commercialisation et en restant sur le terrain du Code civil, s'assurer, par exemple, le bénéfice de la responsabilité limitée et de la division du capital en actions ? Si de telles combinaisons étaient possibles, le problème que la pratique devait évidemment être amenée à se poser, ce problème était résolu : les sociétés civiles pouvaient allier aux avantages des sociétés de commerce, ceux de la législation civile. Elles évitaient la réglementation

de la loi de 1867 et les autres conséquences secondaires qui résultent nécessairement de l'assimilation aux sociétés commerciales.

Mais les combinaisons, répondant à ces données, étaient-elles possibles, et dans quelles conditions pouvaient-elles être réalisées ?

L'article 68 a un caractère impératif et la commercialisation n'est pas une faculté, mais une obligation pour les sociétés qui sont prévues au texte. L'article 68 détermine les sociétés civiles qui seront astreintes à cette nécessité. Malheureusement, il ne fournit pas un critérium assez précis des caractères auxquels doivent se reconnaître les sociétés soumises à son application. Le texte est ainsi conçu :

« Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. »

Or quels sont les caractères distinctifs de la commandite, de la société anonyme ? Sans doute ces expressions ont un sens courant assez précis et elles éveillent l'idée de types de sociétés assez nets. Cependant, au point de vue juridique, les termes commandite, société anonyme peuvent donner lieu à des difficultés de définition. Il est vrai que l'on peut se reporter au Code de commerce qui fournit à ce point de vue quelques indications. On voit ainsi que l'article 26 retient comme le trait dominant de la commandite que l'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence de son apport.

En ce qui concerne la société anonyme, on relève comme des particularités du type : l'absence de raison

sociale (art. 29), la désignation par l'objet de l'entreprise (art. 30), la limitation de la responsabilité des actionnaires au montant de leur mise, comme dans la commandite (art. 33), la division du capital en actions ou coupures d'actions d'une valeur égale, transmissibles suivant des procédés spéciaux (articles 34, 35, 36).

Que faut-il conclure de ces textes du Code de commerce ?

Que la société civile est soumise à la commercialisation dès qu'elle présente les particularités que je viens de relever.

Ainsi toutes les clauses qui tendraient à limiter la responsabilité d'un associé, au montant de sa mise, feront d'une société civile une commandite et la soumettront aux conséquences de l'article 68 ? Faudra-t-il faire produire des effets analogues à l'absence de raison sociale, à la désignation de la société par l'objet de l'entreprise, à la division du capital en actions négociables, aux clauses de limitation de responsabilité ? Est-il absolument impossible aux sociétés civiles de présenter l'un ou l'autre de ces caractères sans encourir la commercialisation ? La réponse à cette question n'est pas évidente. L'article 68 aurait dû — car les tentatives pour le tourner étaient inévitables — entrer dans le détail de la détermination des particularités essentielles des sociétés civiles assujetties à la loi, et décrire les sociétés commercialisées par les traits considérés comme distinctifs dans le mécanisme de leur organisation.

La formule de l'article 68 est équivoque. Elle ne détermine pas, d'une façon indiscutable, les caractères des sociétés commerciales, et les incertitudes qui résultent

de cette insuffisance de rédaction sont encore aggravées par l'insuffisance des dispositions du Code civil.

Le Code civil aurait pu, de son côté, fixer, d'une manière précise, les traits des sociétés civiles non commercialisables. Il constituerait alors la contre-partie de l'article 68 ; il permettrait de serrer de plus près les définitions tant des sociétés civiles pures que des sociétés civiles commercialisées. Mais les articles du Code civil ne sont pas, eux non plus, rédigés d'une manière suffisamment nette ; ils laissent place aux discussions en ce qui concerne la légalité des clauses plus ou moins empruntées à la pratique commerciale des sociétés ; et ils n'autorisent pas à dire, au moins d'une manière catégorique, que les stipulations de telle ou telle nature sont interdites aux sociétés civiles pures, d'où se déduirait naturellement qu'elles ne sont licites que sous le régime de la loi de 1893.

La situation créée aux sociétés civiles en 1893, avait, comme on le voit, quelques échappatoires dont elles essayèrent de profiter, comme on va le voir, par l'examen de quelques exemples tirés d'espèces litigieuses.

Ainsi l'espèce qui a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de Besançon (1):

Une société ayant pour objet l'exploitation et la mise en valeur d'une propriété immobilière se constitue sous la dénomination suivante : Association foncière et civile particulière de l'immeuble, avenue Carnot, n° 31 à Besançon. Le capital social, s'élevant à 111.000 francs, est divisé en 222 parts d'une valeur nominale de 500 francs chacune. Il est stipulé que ces parts sont nominatives,

1. C. de Besançon, 27 mars 1903, D. P., 1904, 2, 241.

que leur cession s'opérera par une simple déclaration de transfert signée par le cédant et le cessionnaire sur un registre *ad hoc*. Enfin les statuts contenaient cette clause particulièrement intéressante : « Les propriétaires de parts ne peuvent être tenus à aucun appel de fonds ni à aucune responsabilité vis-à-vis de qui que ce fût et pour quelque cause que ce pût être ; en conséquence, les tiers ne pourront exercer leurs droits que sur l'actif social ; tous les actes portant engagement au nom de la société devront contenir textuellement cette disposition, à défaut de quoi les membres qui les auront signés ou autorisés seront seuls responsables. »

Cette dernière stipulation se retrouve presque identique dans les statuts d'une société dont la légalité a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de Montpellier (1).

On trouve des exemples analogues dans d'autres décisions judiciaires (2) :

La Société de Sumène et des Deux-Jumeaux présente dans ses statuts une stipulation, qui limite le gage des créanciers aux biens dépendant de la société ; il y est également déclaré que les parts seront transmissibles, cependant non pas suivant les modes de transfert commerciaux, mais conformément aux règles du Code civil sur la cession de créance.

La Société du gaz Otto (3) a divisé son capital social en six mille parts d'une valeur égale, nominatives ou au porteur, au gré des titulaires, cessibles par transfert ou par simple tradition. Les associés ne sont tenus des

1. C. de Montpellier, 20 mai 1903, D. P., 1905.2.241.

2. *Journal des Sociétés*, 1905, p. 40.

3. *Journal des Sociétés*, 1905, p. 245.

dettes ou engagements sociaux que jusqu'à concurrence de leurs parts.

Ces sociétés ne se sont conformées, ni les unes, ni les autres, aux prescriptions de la loi de 1867. Elles ne se sont pas considérées comme commercialisées et en conséquence elles ne se sont pas soumises aux obligations de l'article 68. Ces sociétés présentent, toutes, certains des traits normaux des sociétés commerciales. Notamment elles ont toutes, comme les sociétés anonymes ou en commandite, la prétention d'assurer à leurs associés le bénéfice de la limitation des risques. D'ailleurs les moyens qu'elles emploient pour atteindre ce but ne sont pas identiques pour les unes et les autres. Les statuts des deux premières dont j'ai parlé : celles qui ont fait l'objet des arrêts de Besançon et de Montpellier ont utilisé des formules alambiquées et équivoques, tandis que les statuts de la Société du gaz Otto affirment plus nettement sa prétention et revendiquent sans réserves et en employant une formule absolue, le bénéfice de la responsabilité restreinte au montant de ses parts.

Toutes ces sociétés ont donné à leurs parts une forme comparable à celle des actions dans les sociétés commerciales. Elles ont une valeur nominale égale. La propriété du droit d'associé et sa transmission sont soumises à des règles analogues à celles de la législation commerciale ; sauf dans la troisième espèce — Société de Sumène et des Deux-Jumeaux — la négociation des parts s'effectue par les moyens de l'endossement, du transfert ou de la tradition décrits par le Code de commerce.

Enfin ces sociétés se présentent au public sous des

étiquettes qui rappellent celles des sociétés par actions : elles ont une désignation tirée de leur objet et elles ignorent l'usage des raisons sociales.

Que faut-il penser de ces sociétés ?

Deux questions se présentent à leur égard :

Les stipulations, que l'on trouve dans leurs statuts, sont-elles compatibles avec les règles purement civiles d'organisation des sociétés ? Quelles sont parmi ces stipulations celles qui doivent être considérées comme entraînant la commercialisation aux termes de l'article 68 nouveau ?

Il importe, sur ces points, d'interpréter ce texte capital et aussi les dispositions du Code civil, de dégager la pensée du législateur des formules obscures qu'il a employées et, en définitive, établir une théorie d'ensemble des règles essentielles, tant de la société civile pure que des sociétés civiles commercialisées, qui permette d'apprécier la légalité et la portée des clauses qu'elles inscrivent dans leurs statuts.

La seconde question que soulèvent nos sociétés civiles litigieuses est celle des sanctions que comportent les emprunts illégaux qu'elles ont pu faire aux formes commerciales. Sur ce point il existe des divergences dans la jurisprudence, elles se sont manifestées d'une manière frappante dans les arrêts de Montpellier et de Besançon que j'ai rapportés plus haut.

Je prendrai parti sur ces difficultés.

SECTION I

La raison sociale dans les sociétés civiles.

La cour de Besançon, dans l'arrêt que nous avons précédemment cité (1), a retenu l'absence de raison sociale comme une particularité de nature à entraîner pour une société civile l'application de l'article 68.

Cette opinion est-elle exacte ?

Elle ne le serait pas, si elle devait être admise d'une manière rigoureuse et absolue.

Sans doute, il résulte des articles du Code de commerce où sont décrits les signes distinctifs des différents types de sociétés que, seule, la société anonyme est dispensée de l'emploi d'une raison sociale qu'elle remplacera par une désignation arbitraire empruntée à l'objet de l'entreprise. En droit commercial, l'obligation de la raison sociale est donc générale et seule la société anonyme en est exonérée, ce qui est d'ailleurs une conséquence naturelle de sa structure. Mais on doit aussi se demander pour déduire exactement les conclusions que comporte l'absence de raison sociale, s'il faut voir dans cette particularité une atteinte à la réglementation établie en matière de sociétés par le Code civil.

Sous ce rapport, aucune disposition légale n'astreint les sociétés à l'emploi d'une raison sociale. Il eût mieux valu peut-être qu'il en fût autrement. Mais à défaut d'un texte impératif, on ne peut pas prétendre que la

1. D. P., 1904, 2, 241.

raison sociale s'impose aux sociétés civiles, comme elle s'impose à toutes les sociétés commerciales autres que la société anonyme.

D'ailleurs l'arrêt de la Cour de Besançon n'est pas uniquement motivé par l'absence de raison sociale ; elle y a vu, sans doute, un trait secondaire, contribuant dans une certaine mesure, à déterminer la véritable physionomie juridique de la société litigieuse, et dans ces termes, la théorie de l'arrêt est très compréhensible. En effet, s'il n'est pas interdit aux sociétés civiles de ne pas prendre de raison sociale, il est dans le vœu de la loi qu'elles en prennent une, car, étant comme nous le verrons des sociétés où la responsabilité des associés est naturellement illimitée, il convient qu'elles offrent au public des indications sur les garanties personnelles qui lui sont offertes et sous ce rapport, la raison sociale est d'une utilité évidente.

Concluons en disant que l'absence de raison sociale, remplacée par une désignation arbitraire, ne peut constituer un signe vraiment distinctif de la société civile commercialisable, au titre de société constituée dans la forme anonyme, mais elle est de nature à renforcer les conclusions tirées de modalités plus importantes que nous allons examiner maintenant.

SECTION II

La responsabilité limitée.

Il me reste à examiner toujours du même point de vue, la valeur et la portée des clauses limitatives de responsabilité et de celles qui organisent la division du

capital social en actions, c'est-à-dire en parts plus ou moins facilement transmissibles suivant des procédés rappelant plus ou moins ceux qui sont décrits au Code de commerce.

On comprend aisément que l'on touche ici au point le plus important de la question.

Au cours des développements que j'ai donnés précédemment, j'ai mis en relief l'importance que les sociétés civiles, avant 1893, attachaient à ces stipulations habituelles aux statuts des sociétés commerciales et que beaucoup d'entre elles adaptaient à leur propre charte constitutive ; je me suis également efforcé de démontrer l'utilité qu'elles en pouvaient retirer, — bien plus, — la nécessité pour certaines entreprises civiles de modeler sous ces rapports de la limitation des risques et du fractionnement du capital en actions, leur fonctionnement sur celui des sociétés commerciales.

Après 1893, la situation est la même en ce sens, du moins, que les sociétés civiles obéissent toujours aux mêmes tendances, et ressentent toujours les mêmes besoins, qu'elles aspirent à satisfaire par l'emploi des mêmes procédés. La situation est différente en ce sens que désormais les sociétés civiles ont toute liberté de copier les sociétés commerciales en commandite ou anonymes et certes on ne peut plus leur contester les avantages dont la légalité était auparavant douteuse ; mais pour que leur posture ne comporte aucune équivoque, il faut qu'elles se résignent à faire soumission aux obligations dérivant de l'article 68 nouveau.

Or le parallèle des deux périodes, celle d'avant 1893, celle d'après 1893, n'est-il pas significatif et concluant ? Avant 1893, quelles étaient les particularités du sys-

tème de la société anonyme qu'enviaient certaines sociétés civiles et dont on leur contestait l'usage légal : c'était d'abord la limitation de responsabilité ; aussi l'emploi de parts plus ou moins négociables. Ce n'était pas l'avantage de fonctionner sans raison sociale, j'ai fait voir d'ailleurs que la société civile avait toujours pu et pouvait encore se passer d'une raison sociale ; ce n'était pas davantage le droit de dénommer la société par l'objet de l'entreprise.

Ces supériorités des sociétés commerciales, — en supposant même qu'on pût les traiter comme telles — auraient été trop minces pour que les sociétés civiles, après 1893, acceptassent, pour les acquérir, les obligations nouvelles que leur créait la loi de 1893 ; c'étaient avant tout ces commodités si grandes, souvent essentielles et vitales de la limitation de responsabilité et de la division du capital en actions ; c'était là ce que les sociétés civiles désiraient avant tout. Avant 1893, il est douteux qu'elles puissent en jouir ; après 1893, elles le peuvent sans aucun doute, si elles se plient aux exigences corrélatives du nouvel article 68. Il semble logique de déduire de ces observations la proposition suivante : Il est certain qu'à condition de se conformer aux prescriptions qui découlent de l'article 68, l'usage autrefois contesté de nos procédés de fonctionnement précité est licite. Mais la réciproque doit être également admise ; les sociétés civiles qui utilisent ces procédés de fonctionnement sont astreintes à la réglementation de l'article 68 ; à défaut de quoi elles commettent une violation de la loi.

Cette démonstration, fondée sur les circonstances dans lesquelles est intervenue la réforme de 1893, pourrait

paraître suffisante si la pratique n'avait pas, comme je l'ai montré, imaginé des détours pour se dérober aux obligations imposées par l'article 68.

Par suite de l'insuffisance de rédaction de ce texte, il est possible d'épiloguer sur son sens; il n'est pas permis d'affirmer *à priori* que les modes de constitution en question soient par eux-mêmes caractéristiques des types des sociétés anonymes et en commandite car, dit-on, rien ne démontre que les principes du Code civil s'opposent absolument à leur introduction dans les statuts des sociétés civiles et qu'ils doivent être considérés comme des privilèges des types commerciaux de sociétés anonymes ou en commandite.

Aussi bien, il importe que la question soit étudiée d'une manière plus complète et il me paraît que la meilleure méthode pour l'examiner consistera à rechercher d'abord si les principes du Code civil, en matière de sociétés, comportent l'emploi de clauses restrictives de la responsabilité des associés ou de clauses établissant la division du capital en parts négociables; et dans quelle mesure ces principes autorisent, le cas échéant, l'utilisation de ces clauses; et rechercher ensuite si l'existence normale de ces stipulations dans l'économie des sociétés commerciales anonymes et en commandite n'a pas été le mobile qui a inspiré la réglementation qu'elles subissent et que l'article 68 a étendu à certaines sociétés civiles.

§ 1. — La responsabilité limitée considérée au point de vue
du droit civil.

On sait que les clauses de limitation de responsabilité insérées dans les statuts d'une société, ont pour

but de rendre opposables à des tiers certaines conventions intervenues entre les associés. Ceux-ci ont stipulé qu'ils ne seraient tenus des dettes de la société que dans une certaine mesure, par exemple, jusqu'à concurrence du montant de leur apport. Le pacte social assure à leur profit le bénéfice de cette stipulation, en déclarant que les créanciers sociaux n'auront pas recours sur les biens des associés autres que ceux composant leur apport. Les associés établissent ainsi, de leur seule volonté, non seulement la loi de leurs rapports réciproques, ce qui serait de toute façon parfaitement légitime, mais encore les règles de leurs relations avec les tiers. Ceux-ci doivent subir ces atteintes portées à leur situation naturelle, ces restrictions mises à l'exercice de leurs recours normaux. Il va de soi, en effet, que ces stipulations statutaires opèrent en dehors de tout consentement des tiers intéressés ; au moins en dehors de tout consentement formel. Elles ont préexisté aux causes qui ont pu rendre ces tiers créanciers ; elles ont, peut-être été ignorées d'eux, au moment où naissaient leurs droits de créance ; elles ne sont consacrées par aucune adhésion de leur part et ne leur en sont pas moins opposables, même dans l'hypothèse où ils seront devenus créanciers, en quelque sorte malgré eux, en dehors de tout accord de volontés.

Les associés dans les sociétés constituées sur le terrain du Code civil peuvent-ils user du bénéfice de ces clauses (1) ?

Il semble bien qu'ils le pourraient à condition de démontrer l'existence de la société en tant que per-

1. Pour l'affirmative. Baudry. *Traité de la Société*, n° 354.

En sens contraire. Guillouard. *Du contrat de société*, n° 242.

sonne morale distincte de leur propre personnalité. On sait en quoi consiste la conception de la personnalité morale des sociétés ; les apports faits par les associés sont considérés comme détachés de leur patrimoine pour devenir les fractions d'un patrimoine distinct soumis à un régime spécial et propre, consacré exclusivement aux besoins de la société elle-même ; de même les droits acquis et les obligations contractées par les associés en leur qualité de membres de l'association seront envisagés comme relevant d'un statut juridique, distinct de celui des droits et obligations nés en la personne des associés à l'occasion de leurs propres affaires. Il se produit une sorte de dédoublement de l'individualité des associés. Sous un aspect, l'aspect de membres de la société, ils seront propriétaires, débiteurs, créanciers. Sous l'autre aspect, celui de particuliers agissant dans la sphère de tous leurs autres intérêts, ils auront ou pourront avoir des qualités juridiques analogues. Mais il ne s'établit pas de confusion entre les deux zones différentes dans lesquelles se manifeste l'activité ou la passivité des associés au point de vue du droit.

Quelle que soit la valeur théorique de la conception de la personnalité qui consiste à douer d'une vitalité propre les groupes d'associés, elle résume bien l'ensemble des rapports qui peuvent exister entre les associés eux-mêmes, entre les associés et les tiers. La société censée douée d'une existence propre est créancière, débitrice propriétaire ; elle recouvre et masque entièrement les associés derrière son individualité distincte qui occupe le premier rang. Elle a un patrimoine exclusif et aucune pénétration ne doit s'établir entre lui et ceux des asso-

ciés. Mais ce patrimoine est ce qu'il a plu aux associés de le faire ; la société-personne morale a été créée avec les ressources que lui ont attribuées les associés et la conséquence, au point de vue qui nous occupe, conséquence qui apparaît évidente, c'est que les restrictions apportées aux garanties que présente la société sont opposables aux tiers eux-mêmes, puisqu'ils ne sauraient être fondés à exercer leurs recours au delà du patrimoine affecté à la société pas plus qu'un créancier ne pourrait agir contre un tiers étranger à une obligation afin de poursuivre l'exécution de ses droits contre son débiteur. En définitive, la fortune propre de la société répond seule de ses dettes et cette fortune vaut ce qu'on l'a faite, au jour où on l'a créée, conformément aux statuts.

Elle peut être d'ailleurs plus ou moins étendue. Elle peut comprendre tout le patrimoine personnel de tous les associés ou de certains d'entre eux, s'ils l'ont voulu, s'ils l'ont ainsi décidé dans les conventions constitutives de la société ; et ainsi, par exemple, dans les sociétés en nom collectif où les créanciers auront pour garantie toute la fortune personnelle des associés. Ces derniers l'ont stipulé expressément, en se constituant cautions indéfiniment responsables et solidaires de la personne morale. Mais ce fait ne porte aucune atteinte à la théorie elle-même, car il est loisible aux associés d'étendre autant qu'ils le veulent les sûretés fournies par la société ; et il leur est aussi loisible de les restreindre que de les augmenter. Il résulte de ces considérations que la théorie légale de la limitation de responsabilité est intimement liée à celle de la personnalité morale, elle y trouve au moins un de ses points d'appui et certes des plus solides.

Or les sociétés civiles sont-elles douées de la personnalité morale ?

On était autrefois assez généralement d'accord pour donner à cette question une solution négative. Il est intervenu un arrêt de cassation (1) qui a fixé, depuis, la jurisprudence dans un sens contraire : il est aujourd'hui presque unanimement affirmé que les sociétés civiles constituent des personnes morales.

Or si l'on admet la théorie de la personnalité morale, n'est-il pas logique de lui faire produire toutes ses conséquences et ainsi l'une des plus importantes d'entre elles : celle de l'opposabilité des statuts sociaux aux tiers, par exemple au point de vue de la limitation de responsabilité des associés ?

Les stipulations, qui organisent cette modalité trouveraient ainsi un appui sérieux dans la thèse de la jurisprudence. Et cependant les décisions rendues depuis 1891, c'est-à-dire après l'arrêt de cassation précité qui a assis la jurisprudence, répètent à l'envi que les statuts des sociétés civiles sont impuissants à eux seuls à assurer aux associés la limitation de leurs risques au montant de leurs apports (2).

N'y a-t-il pas là une contradiction ? On peut le contester, en montrant que la thèse de la personnalité ne doit pas être entendue d'une manière aussi large que je l'ai formulée plus haut. Il n'est pas absolument loisible aux associés d'introduire dans les statuts constitutifs les stipulations de toute nature que peut leur inspi-

1. Cassation, 23 février 1891. D. P., 1891.1.337.

2. Cf. S., 84.1.361, 83.1.217, 86.1.369, 74.2.105, 78.2.305. En sens contraire, Baudry-Lacantinerie. *Traité théorique de la société*, n. 254.

rer une fantaisie arbitraire ; en un mot l'économie de l'organisation des sociétés n'est pas entièrement et librement déterminée par les associés, en dehors de toute réglementation et de toutes conditions légales.

Ainsi les sociétés commerciales par actions ne constituent des personnes morales fonctionnant sous le bénéfice des clauses qui s'y trouvent normalement qu'à la condition de se soumettre aux exigences des lois commerciales les concernant.

En conséquence, bien que toutes les sociétés commerciales soient incontestablement des personnes morales dont les statuts sont opposables aux tiers, certaines stipulations n'y sont licites qu'à la condition d'observer une réglementation corrélative, édictée par la loi.

Les sociétés civiles ne sauraient pas être mieux favorisées. Elles constituent des personnes morales ; les statuts sont leur charte, opposable aux tiers, mais toutes les stipulations ne peuvent pas trouver place dans ces statuts et par exemple celles qui limitent la responsabilité des associés ne le peuvent qu'à condition de respecter les prescriptions établies par l'article 68. Les statuts à eux seuls n'ont pas la force de rendre les clauses en question opposables si la réglementation légale correspondante n'a pas été respectée. Ainsi il n'y a aucune contradiction dans la thèse de la jurisprudence qui affirme à la fois la personnalité morale des sociétés civiles et conteste toute valeur, à l'égard des tiers, aux clauses limitatives de responsabilité, quand l'article 68 n'aura pas été respecté.

Cette manière de concilier la personnalité des sociétés civiles et la prohibition de la limitation des risques

s'opérant par la seule vertu des statuts est très contestable quand il s'agit de sociétés civiles constituées antérieurement à 1893. Je retrouverai et je reprendrai cette question dans la partie de cette étude consacrée à l'examen des sociétés créées avant cette époque et dont la situation ne s'est pas transformée depuis.

Mais elle n'est pas non plus à l'abri de toute critique, même en ce qui concerne les sociétés civiles constituées après 1893. Dire que les statuts de ces sociétés sont impuissants — l'article 68 n'ayant pas été observé — à rendre opposables aux tiers la clause de responsabilité limitée, c'est affirmer que la présence de cette clause dans les statuts entraîne la commercialisation. Or cette affirmation est contestable. Dans une opinion développée par M. Percerou sous un des arrêts que j'ai signalés plus haut, les conséquences de la commercialisation ne doivent être appliquées qu'aux sociétés qui présentent concurremment les deux modalités de la limitation de responsabilité et de la division du capital en actions négociables ; dans les sociétés, qui usent des stipulations restrictives des risques, sans émettre de titres négociables, mais seulement des parts cessibles *jure civili*, il n'y aurait donc pas lieu, aux termes de cette théorie, de prescrire l'application de l'article 68.

Quelle serait donc, dans cette théorie également, la valeur de la clause de limitation de responsabilité, si au surplus on tient pour admise la thèse de la personnalité ? Ne serait-il pas logique que la personnalité morale engendrât toutes ses conséquences, hormis celles dont la validité est subordonnée à l'observation d'une réglementation légale ? Les stipulations de responsabilité limitée devraient donc être considérées

comme opposables aux tiers par elles-mêmes et sans que les sociétés civiles qui les ont inscrites dans leurs statuts aient à se conformer à l'article 68.

De même comment pourra-t-on concilier la thèse de la personnalité avec l'interdiction des clauses de limitation dans les sociétés civiles constituées à la façon des commandites commerciales simples. On a prétendu, en effet, que le terme « commandite » a été employé dans l'article 68, dans le sens de commandite par actions (1), d'où cette conséquence que la commercialisation ne peut être imposée aux sociétés civiles constituées dans la forme des commandites simples, ni même leur être permise.

Les sociétés civiles qui sont créées, dans de telles conditions, continueraient donc à vivre sous le régime du Code civil. Et alors puisqu'elles ont, comme toutes les sociétés civiles la personnalité morale, n'est-il pas logique d'en déduire que la clause de commandite simple, contenue dans leurs statuts, devient opposable aux tiers ?

Ne pas admettre cette proposition, c'est interdire aux sociétés civiles la forme de la commandite simple, si toutefois l'interprétation faite de l'article 68 est exacte et que l'expression commandite ait réellement dans ce texte la signification de commandite par actions ?

Mais dans la thèse de la personnalité, il est nécessaire, sous le bénéfice de la réserve que je viens de formuler, d'admettre ces conséquences qui en découlent d'une façon incontestable, car toute la valeur de la doctrine de la personnalité réside dans l'opposabi-

1. Thaller. *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^e édition, n. 758.

lité des statuts. Et cependant si l'on tient pour valables à l'égard des tiers ces stipulations de responsabilité limitée, dans les sociétés civiles à forme de commandite simple, il faut en conclure que la jurisprudence qui affirme que la responsabilité illimitée est de l'essence des sociétés civiles, est erronée.

La théorie de la personnalité aboutit à des conséquences contradictoires ; ou plutôt dans les termes où elle est admise par la jurisprudence, elle est atrophiée des plus intéressants de ses effets.

Au contraire, dans les opinions qui refusent aux sociétés civiles la qualité de personnes morales, la preuve que les stipulations restrictives de responsabilité sont en contradiction avec les règles du Code civil est plus facile à fournir ; tout au moins, elle ne comporte pas la tâche ardue d'expliquer pour quelles raisons, seules certaines des clauses des statuts et non pas toutes doivent être tenues comme opposables aux tiers *ipso facto*.

Mais la jurisprudence qui a consacré la personnalité morale des sociétés civiles est certainement fausse. Le cadre de cette étude n'autorise pas un examen complet de cette question de la personnalité. Je me bornerai à relever qu'en général on s'accorde, même parmi les partisans de la thèse des arrêts, à reconnaître que leurs motifs et notamment ceux de l'arrêt de 1891 sont insuffisants et sont bien plus des prétextes que des raisons (1). Un fait est constant : c'est que dans les traditions (2) de notre droit les sociétés ne pouvaient être considé-

1. Cf. Thaller. *Traité élémentaire*, 3^e éd., n° 298.

2. Cf. *Pandectes françaises*, v° *Sociétés*, n°s 175 et 176, et les renvois.

rées comme personnes morales, à défaut d'une autorisation des pouvoirs publics ; il est certain également que les rédacteurs du Code civil n'ont pas conçu les sociétés civiles comme des personnes morales et la véritable explication de la jurisprudence réside, en dehors des textes, dans une évolution des concepts juridiques, dans la nécessité économique qui exigeraient que les sociétés civiles soient aujourd'hui pourvues de la personnalité qu'on n'a jamais songé à leur octroyer à l'époque même où l'on inscrivait dans des textes les principes de leur organisation (1).

Il me semble, comme à beaucoup d'auteurs, que cette démonstration est sans valeur en droit, car quelle que soit l'utilité d'une conception, il est téméraire d'en conclure à sa légalité. Or les textes du Code civil, la notion que les rédacteurs du Code ont eu de la société civile protestent contre la validité de la thèse de la personnalité. Au surplus, n'est-il pas évident, que si elle eût été admise, elle l'eût été avec toutes ses conséquences, c'est-à-dire avec les obligations et les droits corrélatifs qu'elle entraîne normalement. C'est ainsi que le Code de commerce — la personnalité des sociétés de commerce n'a jamais été douteuse — a organisé, en vue de l'harmonie du système, la situation juridique de ses propres sociétés.

Je n'admets donc pas la personnalité morale des sociétés civiles et dans ces conditions, je n'assume pas la tâche de concilier les conséquences de cette théorie et l'impuissance des statuts de ces sociétés à leur assurer le bénéfice de la responsabilité limitée. Je consi-

1. Planiol. *Traité élémentaire*, II, n° 2002.

dère, en effet, que les sociétés civiles n'ont pas le droit d'inscrire valablement des clauses ayant cet effet dans leurs statuts, mais je n'admets pas davantage leur qualification de personnes morales et à ce premier point de vue, je ne tombe dans aucune inconséquence ni aucune contradiction.

La validité des stipulations restrictives de responsabilité pourrait être défendue, encore sur le terrain du droit civil d'une autre manière. Le Code civil a prévu deux modes de gestion des affaires de la société : ou bien il existe des gérants, associés chargés par les autres membres de la société de l'administration des intérêts communs ; ces gérants tiennent leurs pouvoirs, soit de l'acte constitutif lui-même, soit d'un acte postérieur à la constitution de la société, ou bien, les associés ont tous la faculté d'administrer, à défaut de désignation spéciale, à cet effet, de l'un ou plusieurs d'entre eux. Dans les deux hypothèses, les droits des associés qui administrent prennent leur source dans un mandat : le mandat est, dans le premier cas, exprès, dans le second cas, tacite.

Partant de ces principes et de leurs conséquences, on peut déterminer la nature et la portée des obligations contractées par les associés-gérants à l'égard de leurs coassociés.

Et ainsi par exemple, à notre point de vue de la limitation des risques stipulée dans les conventions constitutives du contrat de société, on peut dire que les associés, en leur qualité de mandants, ne sauraient être tenus que jusqu'à concurrence des pouvoirs qu'ils ont consenti aux gérants, leurs mandataires.

En effet, le mandat permet à celui qui l'a reçu d'en-

gager celui qui l'a donné, mais seulement dans les limites tracées par ce dernier. En tous cas, le mandant ne saurait être obligé à davantage. Les droits des tiers ne sont pas, au surplus, lésés par une telle conception, puisqu'ils ont la faculté de se faire communiquer les pouvoirs avant de traiter avec le mandataire. En conséquence ils connaissent, ils peuvent et doivent connaître la mesure des recours qu'ils acquièrent en contractant.

Si l'on transpose purement et simplement ces applications des règles indiscutables du Code civil en matière de mandat à celle des sociétés, on en voit immédiatement les conséquences. Quand les statuts auront stipulé la responsabilité limitée, les gérants n'auront pas le droit d'outrepasser les pouvoirs qu'ils tiennent des statuts; les tiers n'auront pas d'autres garanties que celles qui résultent des conventions sociales; n'ont-ils pas d'ailleurs la faculté de se rendre compte de l'étendue des recours qui leur sont offerts, en exigeant des gérants-mandataires la production des statuts sociaux qui les habilitent ? Ainsi, sur l'appui de la théorie du mandat, celle de la responsabilité limitée paraît s'établir conformément aux principes du Code civil (1). De plus, elle puise une force considérable dans des articles spéciaux aux sociétés et qui semblent bien confirmer, d'une manière indiscutable, les déductions précédentes tirées des principes généraux du mandat. Ainsi dans la section II, chapitre III du titre de la société (des engagements des associés à l'égard des tiers) l'article 1862 dispose que l'un des associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir. L'article 1864

1. S., 1884.1.301. Note de Labbé.

reprend cette même affirmation : « La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir. »

Il est vrai que l'article 1863 semble contenir une règle différente ; et c'est précisément sur ce texte que la jurisprudence a pris un point d'appui pour déclarer inopposables aux tiers les clauses restrictives :

« Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fut moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part. » — Mais on écarte l'argument tiré de cet article en faisant observer qu'il ne s'applique que dans les hypothèses où tous les créanciers ont contracté avec les tiers et sont intervenus à la formation de l'obligation. La situation n'est plus alors celle qui est normale et en vue de laquelle ont statué les articles 1862 et 1864 : celle de la société administrée par des associés gérants, chargés à l'exclusion de leurs coassociés des intérêts communs. La règle de l'article 1863, adaptée ainsi à l'hypothèse qu'elle a visée, se comprend parfaitement, les associés qui sont personnellement parties au contrat ont la faculté de restreindre leur obligation, mais s'ils ne l'ont pas fait, la règle de l'article 2092 produit ses effets et ils sont tenus sur tous leurs biens. L'article 1863 étant écarté du débat, il ne reste plus qu'à faire application des principes contenus dans les articles 1862 et 1864. Ne paraît-il pas évident qu'ils contiennent une adaptation toute naturelle des règles du mandat au contrat de société ?

Le mot pouvoir qui s'y trouve semble bien révéler la volonté du législateur de considérer les administrateurs comme des mandataires et les associés comme des mandants. Et dans ces conditions, les clauses limitatives de responsabilité ne doivent-elles pas être considérées comme parfaitement légitimes dans les statuts des sociétés civiles et susceptibles de produire tous leurs effets, en vertu des principes généraux du Code civil ; enfin et pour nous placer à notre point de vue, n'est-il pas certain que ces clauses ne présentent rien d'anormal et ne sont pas plus contestables dans les sociétés civiles que dans les sociétés commerciales ?

On voit immédiatement quelles doivent être les conséquences de cette théorie, si on doit la tenir pour exacte.

D'abord, et en ce qui concerne les sociétés antérieures à 1893, la validité des clauses limitatives inscrites dans leurs statuts ne semble pas devoir être mise en question.

Mais en ce qui concerne les caractères des sociétés civiles postérieures à la loi de 1893, il paraît logique de déduire des considérations précédentes que les clauses de limitation de responsabilité, étant parfaitement indiscutables en les appuyant sur les règles du mandat, leur présence dans les statuts d'une société civile ne doit pas être retenue comme un signe révélateur d'une constitution à forme commerciale. Et, en effet, les seuls principes du droit civil ont été suffisants, de tout temps, pour faire produire tous leurs effets aux stipulations en question ; les sociétés n'ont donc rien emprunté au droit commercial en insérant ces clauses dans leurs statuts.

Enfin il faudrait aussi conclure, dans l'interprétation qui laisse en dehors des cas d'application de l'article 68, les sociétés civiles à forme de commandite simple, que les sociétés civiles qui ne sont pas constituées par actions, auront la faculté, sur le terrain du droit civil, de fonctionner avec le bénéfice de la limitation de responsabilité.

Mais cette théorie qui considère les stipulations restrictives comme par elles seules opérantes est-elle vraiment exacte ? Je ne le crois pas.

Il est évident, et il est inutile de le contester, que les gérants sont des mandataires ; de même qu'ils puissent leur pouvoir, soit dans les statuts, soit dans les actes spéciaux destinés à les habiliter. Les articles 1862 et 1864 indiquent expressément que les administrateurs ne peuvent pas agir valablement à défaut d'un pouvoir conféré par leurs coassociés.

Mais je crois néanmoins qu'il ne faut pas pousser jusqu'à ses dernières conséquences cette application des règles du mandat.

Aussi bien, il faut en matière de société, adapter les règles du mandat aux nécessités inhérentes au bon fonctionnement de la société elle-même. Et d'ailleurs, quels que soient les termes des articles 1862 et 1864, il ne faut pas en tirer des déductions excessives sur la nature des pouvoirs des gérants.

D'abord, un fait est certain, c'est que l'associé qui n'est muni d'aucune autorisation de ses coassociés, ne peut engager ceux-ci en aucune façon. Cette solution résulte nettement des articles 1862-1864. Mais la question de la nécessité de l'existence des pouvoirs étant laissée en dehors du débat, il en reste une autre : celle

de l'étendue des pouvoirs conférés aux gérants. Sur ce point j'estime que les restrictions mises par les statuts ou des actes différents à la faculté des gérants d'engager leurs coassociés ne doivent pas être entendues d'une manière absolue ; et je crois que ces gérants ont le droit d'obliger les autres associés sur tous leurs biens. pourvu qu'ils aient agi dans les limites des besoins de l'administration sociale.

Cette opinion se justifie en fait, par cette constatation que j'ai déjà relevée, savoir que les tiers ne peuvent pas se faire communiquer, à l'occasion de chacune des affaires qu'ils traitent avec la société, les statuts ou les titres qui déterminent la mesure des pouvoirs des gérants. Mais, dira-t-on, si les tiers ont traité avec un associé sans qualité pour administrer, les obligations contractées ne seront pas opposables à la société ?

N'est-ce pas mettre les tiers dans la nécessité de se faire produire la procuration de celui qui se présente à eux comme gérant de la société ? Et si la communication des pouvoirs s'impose pour en vérifier la réalité, elle s'impose également pour en apprécier l'étendue ? Cette objection n'est pas exacte ; les associés, chargés de la gérance, sont connus dans le cercle des relations économiques où s'exerce l'activité de la société. Les tiers ne puisent pas dans les statuts les certitudes qu'ils ont à cet égard, mais dans l'attitude habituelle des associés gérants, qui fait présumer la réalité de la qualification qu'ils prennent. Toutefois, on comprend bien que dans l'hypothèse où les tiers auront été trompés, il serait inadmissible de faire retomber les conséquences de leur erreur sur les associés. A condition toutefois que ceux-ci aient agi de bonne foi et n'aient pas concouru

plus ou moins à laisser se former dans le milieu des tiers intéressés l'opinion que les prétendus administrateurs avaient été habilités par eux (1).

Mais lorsque ceux qui se présentent aux tiers et traitent avec eux, sous la qualification de gérants le sont réellement, les tiers ne sont pas obligés de s'informer de l'étendue de leurs pouvoirs et par suite les clauses restrictives de la responsabilité des associés ne sauraient leur être opposées. Les besoins, l'utilité même de la société veulent qu'il en soit ainsi. Sans doute, il existe d'autres conceptions des sociétés, notamment en droit commercial, mais leur validité résulte de la volonté explicite de la loi et se justifie par la personnalité morale dont elles jouissent. Or nous avons vu que les sociétés civiles ne sont pas des personnes morales. Et si ce premier point d'appui leur manque, le second, rattaché aux règles du mandat, leur fait également défaut.

Au surplus, je crois qu'on ne peut pas objecter à la théorie que je soutiens d'être arbitraire et de manquer de base légale. Sans doute elle ne résulte pas de textes formels de la matière des sociétés. En effet, je ne prétends pas me servir de l'argumentation que l'on a tirée assez fréquemment de l'article 1863 (2). Il n'en résulte pas, comme l'a affirmé souvent la jurisprudence, que la responsabilité illimitée soit la règle générale pour les engagements contractés par une société civile (3). Ce texte prévoit une hypothèse toute différente de la nôtre : celle dans laquelle les obligations auraient été

1. Cf. Répertoire de Dalloz. V° Société, n. 14.

2. Paul Pont. *Commentaire sociétés civiles et comm.*, n. 662 et *Revue critique*, 1887-524.

3 S., 74.2.105 ; 78.2.305 ; 83.1.217 ; 86.1.369.

assumées non par l'intermédiaire des gérants, mais par tous les associés, agissant en commun. Cette situation n'a rien de commun avec celle qui nous occupe ; aussi je crois qu'il ne faut emprunter aucun argument à l'article 1863.

Mais je peux trouver une base légale à mon opinion, en outre des considérations d'ordre pratique que j'ai invoquées précédemment, dans les règles du mandat.

Les pouvoirs d'un gérant doivent être considérés comme un mandat conçu en termes généraux. Aux termes de l'article 1988, il n'embrasse que des actes d'administration. Mais il est nécessaire qu'il embrasse tous ces actes d'administration. La conséquence c'est que suivant l'article 1988, les mandants, — dans notre hypothèse les associés — seront tenus d'exécuter les engagements contractés par les mandataires, conformément aux pouvoirs généraux qu'ils leur ont donnés. Car en effet, les tiers ne sont dispensés de se faire communiquer le titre, en vertu duquel agissent des gérants, que dans les hypothèses où ceux-ci s'obligent pour l'administration des affaires de la société. C'est pour les actes courants et journaliers de la vie sociale que la production des pouvoirs serait gênante et impossible ; c'est pour ceux-là seuls que les gérants peuvent engager entièrement les associés, quelles que soient les restrictions mises par eux, à leur responsabilité.

Les articles 1862 et 1864 ne sont pas un obstacle à cette interprétation : en effet, ils ne disposent expressément que sur la question de la réalité des pouvoirs et nullement sur celle de leur étendue.

Une question reste à résoudre : pourquoi les tiers sont-ils en droit de présumer que les associés ont donné aux

administrateurs un mandat général, conçu dans les termes de l'article 1988 du Code civil ? Il faut bien ici admettre quelque chose qui ne résulte pas expressément de textes quelconques, mais qui s'impose par la force même des choses. La société est une convention qui s'extériorise dans une certaine mesure, et oblige les associés quasi contractuellement envers les tiers à certains devoirs. Non pas que nous retombions dans la thèse de la personnalité morale ; mais néanmoins, il paraît éminemment équitable que les associés habilient les administrateurs à l'effet d'assurer le fonctionnement normal de la société et la réalisation de l'objet qu'elle se propose. Dans ces conditions le droit des gérants d'engager les associés résulte d'un mandat général obligatoire, car ce serait favoriser la fraude que d'autoriser les associés à surprendre la bonne foi des tiers en restreignant — d'une manière anormale contraire aux usages et à la nature même de la société — les pouvoirs des gérants (1). La réalité de ce mandat général étant admise, il s'ensuit que les limitations des recours des tiers ne sauraient être considérées comme licites. En effet l'exécution du mandat des administrateurs ne peut être assurée et n'a de signification qu'autant que les engagements contractés par eux seront entièrement garantis, c'est-à-dire, qu'autant qu'ils auront pour gage, sans réserves; tout le patrimoine des associés. Toute autre solution entrave l'accomplissement des pouvoirs généraux conférés aux gérants.

Cette théorie est sans doute un peu arbitraire parce

1. Cf. Baudry-Lacantinerie. *Traité théorique de la société*, n° 308, Houpin, I, 92. Laurent XXVI, 3^e édition, n° 307.

qu'elle ne peut pas invoquer l'appui de textes catégoriques. Toutefois, dans cette matière des sociétés où la loi civile est si peu précise, on peut relever en sa faveur qu'elle ne heurte aucune disposition légale ; elle ne contredit pas, en effet, les articles 1862 et 1864, les seuls qui, dans la section des engagements des associés avec les tiers, s'appliquent à notre hypothèse. Ces textes exigent l'existence de pouvoirs, ils ne tranchent pas les questions qui se rattachent à leur interprétation, au point de vue de leur portée et de leur étendue ; et enfin elle a l'avantage, semble-t-il de concilier à la fois les intérêts des tiers et les nécessités inhérentes au bon fonctionnement d'une société loyale.

Les termes mêmes dans lesquels je considère la limitation de responsabilité comme inconciliable avec le système légal de la société civile n'aboutissent pas à prohiber entièrement le jeu des clauses limitatives de responsabilité. Et en effet, si elles ne peuvent pas produire leurs effets en ce qui concerne les engagements contractés par les gérants à raison de l'administration, il n'en va pas de même pour les hypothèses où il s'agit d'obligations particulièrement graves assumées par les gérants en dehors des besoins normaux de l'administration de la société. Dans ces cas, les règles habituelles du mandat reprennent le dessus. Les tiers n'ont droit à une protection spéciale que quand les gérants traitent avec eux à l'occasion des affaires courantes ; pour les négociations d'un caractère exceptionnel, les principes du mandat purement occasionnel, tels qu'ils sont exposés au Code civil, doivent produire toutes leurs conséquences ; les tiers doivent exiger la production de pouvoirs, qui seront peut-être les statuts. En

tous cas, les limitations de responsabilité stipulées par les associés doivent sortir leurs pleins effets.

Et ainsi se trouvent réintroduites les clauses restrictives des risques, avec toute leur valeur à l'égard des tiers ? Ici encore, la jurisprudence qui a affirmé si souvent d'une manière absolue la responsabilité illimitée des associés civils se trouve en contradiction avec l'opinion que j'expose. Cependant l'exception apportée à la théorie générale n'est pas très importante. Elle ne l'est pas en fait parce que le danger des clauses restrictives est surtout évident pour les obligations répétées qui naissent à l'occasion des besoins journaliers de la société ; les affaires exceptionnelles appellent naturellement un surcroît de précautions de la part des tiers et le péril de la surprise et du dol y est dès lors moins à craindre. En droit ce qui est inadmissible dans l'économie des sociétés civiles dépourvues de personnalité, c'est l'emploi de clauses générales resserrant, contrairement au droit commun de l'article 2092, le champ des garanties offertes par une collectivité d'individus pour tous les engagements éventuels qu'ils peuvent assumer. C'est là précisément le caractère des clauses dont on a contesté la validité dans les sociétés civiles. Mais pour les limitations de risques, inscrites dans les statuts et qui ne concerneraient que certaines obligations d'un ordre exceptionnel, elles n'ont pas le même aspect juridique et ne déforment pas dans les sociétés qui les emploient, la conception légale.

Évidemment, au point de vue pratique, réduire à de telles hypothèses assez irréalisables, le bénéfice de la limitation de responsabilité, c'est pour ainsi dire, la proscrire totalement des sociétés civiles ; et ainsi, même

avec l'exception que nous avons admise, on atteint le résultat que la jurisprudence a, en général, toujours recherché : l'interdiction des procédés de cantonnement des risques dans les sociétés civiles.

§ 2. — La responsabilité limitée considérée au point de vue du droit commercial.

Les sociétés commerciales ont le droit d'inscrire dans leurs statuts, à l'inverse des sociétés civiles, des clauses ayant pour objet de limiter les risques des associés à certaines fractions de leur patrimoine, à leurs apports par exemple.

La loi commerciale diffère, à cet égard, profondément de la loi civile.

Cependant la liberté dont jouissent les sociétés commerciales n'est pas sans limites ou sans conditions. Elles subissent une réglementation qui a été inspirée par le désir de prévenir les abus qui pourraient résulter du fonctionnement des clauses limitatives de responsabilité. Les dispositions qui sont au premier plan de cette réglementation sont celles qui concernent la publicité.

Les sociétés commerciales sont des sociétés publiques.

Il existe à raison de ce fait une dissimilitude très grande entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales. Ces dernières s'extériorisent par la publicité de leurs conventions constitutives. Les tiers, le public, pour employer une expression aussi large que possible, deviennent en quelque sorte parties aux statuts sociaux, à raison de la communication qui leur en est faite. La

connaissance qu'ils acquièrent au début des sociétés et avant leur mise en train, des conditions dans lesquelles elles entendent traiter avec les tiers, conduit à affirmer que le jour où les tiers traitent effectivement avec elles, ils donnent par leur attitude, une adhésion tacite aux conventions sociales, précédemment connues d'eux.

Cette publicité a été organisée par la loi du 24 juillet 1867. (Titre IV.) Nous n'avons pas à entrer dans l'examen du détail des dispositions de cette loi. Il importe seulement d'en retenir les particularités se rattachant spécialement aux clauses ayant pour objet la limitation des risques.

A ce point de vue, on remarque dans l'article 57, l'obligation imposée aux associés de comprendre dans l'extrait publié dans la forme de l'article 56 « la désignation des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société; le montant du capital social et le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou les commanditaires. »

Aux termes de l'article 58, l'extrait énoncera que la société est en nom collectif ou en commandite simple ou en commandite par actions ou anonyme.

Tous les actes et délibérations qui modifieront les statuts devront être publiés, ainsi qu'il résulte de l'article 61.

Quand ces prescriptions ont été respectées, les tiers connaissent le type général sur lequel s'est modelée la société qui se présente à eux, c'est dire qu'ils possèdent une indication très substantielle, bien que sommaire, sur la nature des garanties qu'elle lui offre ; mais la loi a tenu à les renseigner d'une manière plus précise ; elle leur indique le montant du capital social, mais ce

qui est surtout intéressant, le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires. Les tiers savent ainsi par la consultation de l'extrait qui leur est destiné, l'étendue des garanties dont ils disposeront, le cas échéant, et la valeur du gage assigné à leurs créances. L'utilité de ces renseignements dont la publication est prescrite par la loi est, au surplus, si évidente qu'il paraîtoiseux de s'attarder davantage à les mettre en relief.

Mais la publicité éclairera davantage encore les tiers sur un autre point : sur les termes, des pouvoirs des associés autorisés à administrer la société. L'article 57, comme nous l'avons vu, fait aux sociétés une obligation de fournir, dans les extraits, la désignation de ceux d'entre eux qu'ils auront qualifiés à cet effet. Bien que l'article 57 ne le dise pas expressément, les extraits devront contenir des renseignements sur les conventions sociales qui restreignent ou augmentent, d'une manière exceptionnelle, les pouvoirs des administrateurs. Dans le cas où l'on s'est borné à donner le nom de ces derniers, les tiers sont en droit de présumer qu'ils ont reçu un mandat général de faire tous les actes d'administration conformes à la destination de la société (1). Toute diminution ou extension de l'étendue de cette procuration, censée légalement avoir été donnée dans les termes de l'article 1988 du Code civil devra être portée à la connaissance des intéressés.

En résumé, grâce à la publicité les tiers possèdent ou peuvent posséder une notion exacte des stipulations de l'acte social qu'ils ont utilité à ne pas ignorer.

1. Cf. En ce sens, Thaller. *Traité*, n° 362 et 410.

Cette extériorisation que le droit commercial réalise de certaines clauses des statuts des sociétés, cette extériorisation sépare radicalement le droit commercial du droit civil. Dans le droit civil nous ne trouvons rien de semblable. Et cependant pourquoi le droit commercial aurait-il imaginé cette nécessité de la publicité, si les principes du droit commun étaient à eux seuls capables de conduire au résultat qu'il a cherché par ces prescriptions exceptionnelles de publicité ?

Les déductions tirées de la théorie de la personnalité morale, celles tirées des règles prétendues fondamentales du mandat ne suffisaient-elles donc pas, pour les sociétés commerciales, à rendre opposables aux tiers toutes les restrictions mises statutairement aux pouvoirs des administrateurs ou les limitations apportées à la responsabilité des associés ?

Le droit commercial aurait, semble-t-il, dû se satisfaire au moyen de ces principes généraux, car ils paraissent bien être moins contestables, en matière de commerce, que partout ailleurs. En effet, la théorie de la personnalité morale des sociétés de commerce ne s'appuie-t-elle pas sur une tradition indiscutée et fort ancienne ? Cette même théorie repose en droit civil sur des bases autrement fragiles. Et par suite, en droit commercial, n'allait-il pas de soi de faire produire naturellement à la conception de la personnalité toutes ses conséquences et de ne faire dépendre la validité d'aucune d'elles de l'observation de formalités supplémentaires, comme celles qui ont trait à la publicité.

Les principes du mandat aussi n'auraient-ils pas dû être interprétés en droit commercial, comme on a proposé de le faire en droit civil ? Pourquoi les tiers qui con-

tractent avec les administrateurs des sociétés commerciales seraient-ils dispensés de se faire produire les pouvoirs de ceux-ci ? Et s'ils ne doivent pas être exonérés des risques que comporte leur négligence, pourquoi imposer aux sociétés commerciales une publication superfétatoire des restrictions apportées aux pouvoirs des administrateurs ?

Aussi la vérité est que l'on ne peut pas faire sortir de la théorie de la personnalité morale ou de celle du mandat, une légitimation de l'emploi des clauses limitatives dans les sociétés.

Il faudrait alors leur faire produire cette conséquence dans toutes les sociétés indistinctement, et notamment, dans les sociétés commerciales. C'est en réalité sur la publicité que s'appuie la validité des stipulations restrictives ; or la publicité n'est organisée que dans les lois commerciales. Elle n'existe pas dans les lois civiles, ce qui amène à conclure que seules les sociétés commerciales, les sociétés commercialisées depuis 1893, ont la faculté à l'exclusion des sociétés civiles d'inscrire les stipulations dont s'agit dans leurs statuts.

L'argumentation fondée sur la personnalité morale, que nous avons rejetée précédemment, tourne autour d'un cercle vicieux ; c'est la publicité qui crée la personnalité morale ; comment pourrait-on en conclure que la personnalité morale dispense de la publicité ? Le lien entre la personnalité et la publicité est certain. M. Thaller en établit fortement la réalité (1). Cependant il paraît impossible de le suivre dans sa conception de la publicité qui peut consister, selon lui, dans

1. Thaller, *Traité élémentaire*, n. 289, 298.

la volonté manifestée, par les associés, en dehors de toutes formes légales, de rendre leurs conventions opposables aux tiers (1). La publicité doit être entendue d'une manière toute différente dans le sens d'une communication faite aux tiers, suivant des procédés organisés par la loi. La tradition est favorable à cette interprétation : en effet, la personnalité n'a-t-elle pas, en général, été considérée comme le résultat d'une concession des pouvoirs publics ? L'évolution du droit a conduit à un état de choses où l'observation de formalités légales dispense les sociétés commerciales de l'autorisation du Gouvernement ; mais c'est pour elles seules que la faculté de se donner ainsi la personnalité existe. Il est arbitraire de l'attribuer aux sociétés civiles, sur la base de procédés jugés équivalents. En résumé, publicité légale, personnalité morale, opposabilité des statuts sont choses étroitement liées les unes aux autres, et dont les deux dernières ne peuvent trouver leur source ailleurs que dans la première.

La nécessité de la publicité en droit commercial démontre également l'inexactitude de l'argumentation fondée sur les règles du mandat pour établir que les règles du droit commun suffisent à rendre opposables aux tiers les restrictions mises statutairement aux pouvoirs des administrateurs. L'article 57 de la loi de 1867 exige la désignation dans les extraits de publicité, des associés autorisés à gérer, administrer et signer. Ne résulte-t-il pas de ce texte, que dans les hypothèses où les statuts étendent ou restreignent l'étendue des

1. Cf. aussi Note de Labbé-Sirey, *Bulletin bibliographique*, 1891, p. 25.

pouvoirs des administrateurs, l'extrait doit fournir au public les indications suffisantes pour qu'il soit éclairé à cet égard. En effet, à défaut de renseignements spéciaux, les tiers sont fondés à croire que les associés simplement désignés sont, aux termes de l'article 57, autorisés à gérer, administrer et signer, c'est-à-dire, à faire toutes les opérations qui sont normales, eu égard au but que se propose la société et conformes à sa destination. Les administrateurs sont donc présumés, sauf éclaircissements précis, avoir des pouvoirs de mandataires généraux (1). Dans l'hypothèse où les extraits n'auraient pas prévenu les tiers des modifications apportées à l'étendue habituelle des pouvoirs, la société ne pourrait pas les leur opposer. Cependant les principes généraux du droit ne conduiraient-ils pas à une solution différente ? On l'a prétendu. Dans ce cas, l'obligation spéciale imposée aux sociétés commerciales ne se comprend pas. Mais en réalité, les règles du mandat, combinées à celles de la société, ne conduisent pas aux conséquences qu'on en tire.

Les administrateurs sont présumés, dans leurs rapports avec les tiers, munis des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de leurs fonctions, c'est-à-dire des pouvoirs d'un mandataire général (art. 1988, Code civil). Des restrictions à ces pouvoirs peuvent être stipulées. Pour qu'elles soient opposables aux tiers, il faut en droit commercial qu'elles aient été publiées, En droit civil où la publicité n'existe pas, où aucun équivalent ne peut lui être substitué, il faut que les réserves aient été signalées aux tiers au moment où ils contractaient avec la société.

1. Thaller. *Traité élémentaire*, n° 410.

Des observations qui précèdent je tire les conclusions suivantes : L'examen du droit commercial démontre que c'est la publicité seule qui justifie et qui légitime les limitations de responsabilité des associés et les restrictions apportées par les statuts à la faculté des administrateurs ou gérants d'engager la société (1).

Mais cette publicité n'a été organisée que par la loi commerciale. Le droit civil n'en possède aucun équivalent. Ce sont donc les sociétés commerciales exclusivement qui peuvent user des clauses en question. Ces clauses appartiennent strictement au droit commercial. Elles sont caractéristiques de la forme commerciale. Leur mise en œuvre par des sociétés civiles fait encourir à celles-ci les conséquences de la commercialisation prévue à l'article 68.

SECTION III

La division du capital en parts négociables.

En général, dans les sociétés civiles la qualité des associés résulte de l'acte constitutif et de lui seul. On ne délivre pas à chacun des associés un certificat destiné à constater ses droits et à en servir de preuve. Cependant on peut concevoir que pour des raisons quelconques, il paraisse avantageux de donner à chacun des membres de la société un titre, distinct de l'acte de société. Cette pratique n'a rien d'illicite.

Au surplus, telle quelle, elle n'engendre aucune conséquence juridique, car la nature de la part sociale ne

1. En sens contraire, Baudry-Wahl, *Traité de la société*, n° 224.

subit *ipso jure*, aucune modification du fait de la création ou de la remise d'un certificat. On pourrait concevoir encore que dans les conventions sociales, ce certificat ait reçu le nom d'action. Légalement cette dénomination est tout à fait indifférente.

On trouve dans un certain nombre de décisions judiciaires l'affirmation du droit pour les sociétés civiles de créer des actions ; s'il faut entendre par là qu'elles peuvent remettre aux associés des titres individuels constatant plus ou moins sommairement leur qualité et ses attributs, je ne peux que partager l'opinion exprimée dans ces décisions ; toutefois il était peut-être inutile de proclamer si expressément la légalité de ces procédés : elle est incontestable. En effet, à ce point de vue les actions ne sont que des instruments de preuve et aucune règle du Code civil ne s'oppose à ce qu'ils revêtent cette forme plutôt qu'une autre.

Mais, il y a dans la manière dont sont rédigées les décisions judiciaires en question, une certaine ambiguïté. Voici par exemple ce que l'on lit dans un jugement du Tribunal civil de la Seine du 24 décembre 1903 :

« Attendu qu'en admettant que les parts de la Société de Sumène doivent être considérées comme des actions, la division du capital social en actions ne constitue pas un mode d'appel au crédit exclusivement réservé aux sociétés commerciales et qui ne puisse être employé qu'à la charge par les intéressés de se soumettre à la loi commerciale (1). »

Dans ce jugement le mot « action » n'est pas pris

1. *Gazette des Tribunaux*, 1904, 1^{er} semestre, 2. 496.

exclusivement dans son sens de certificat. En disant que la division du capital en actions ne constitue pas un mode d'appel au crédit exclusivement réservé aux sociétés commerciales, le Tribunal a voulu faire quelque chose de plus que de reconnaître aux sociétés civiles, la faculté de remettre des certificats à leurs associés, mais il a voulu aussi leur reconnaître la faculté d'attribuer au droit d'associé certaines des modalités particulières inhérentes au droit d'associé dans les sociétés commerciales.

A ce second point de vue, lorsque le mot « action » signifie part sociale, douée par essence ou par nature, de caractères juridiques spéciaux, il est tout à fait contestable que les sociétés civiles aient le droit d'en émettre.

En tous cas, il convient de distinguer les significations diverses du mot « action ». Il s'est produit des confusions à cet égard et il en est résulté notamment que l'on a donné de certains textes des interprétations erronées.

C'est ainsi que l'on a soutenu (1) la légalité des actions dans les sociétés civiles, en l'appuyant sur l'article 14 de la loi des 5 et 14 juin 1850, qui est ainsi conçu :

« Chaque titre ou certificat d'action, dans une société, compagnie ou entreprise quelconque, financière, commerciale, industrielle ou civile.... sera, etc. »

Ce texte ne démontre rien de ce qui est à démontrer.

1. *Pandectes françaises*. V^o Sociétés, n^o 3105.

Lyon-Caen et Renault. *Traité*. 3^e édition, tome II, p. 910.

Annales droit commercial, 1888, p. 8. (Arrêt. Cass., 10 avril 1887.)

Il a prévu l'hypothèse dans laquelle des sociétés civiles auront émis des certificats. Il les frappe d'un droit de timbre. Mais de ce qu'il a conçu l'existence éventuelle, dans les sociétés civiles de titres matériels analogues à ceux que délivrent les sociétés commerciales, faut-il en conclure que la nature et les attributs juridiques des droits d'associés, des parts sociales puissent être les mêmes dans les deux catégories de sociétés ? Faut-il admettre cette proposition pour cette raison que la taxe qui frappe les certificats représentatifs et que le nom qui les désigne sont identiques. En aucune manière. L'article 14 de la loi de 1850 ne prouve donc rien, en ce qui concerne la question qui nous occupe ; il ne permet pas de dire que les sociétés civiles ont le droit de donner à leurs parts sociales les particularités que nous allons examiner et qui sont caractéristiques des actions commerciales. En tous cas, s'il leur est permis de le faire, ce n'est pas en vertu de ce texte qui a pour objet exclusif la perception d'une taxe de timbre et qui atteste seulement que les sociétés civiles peuvent délivrer à leurs associés un certificat analogue dans la forme à ceux des sociétés commerciales.

L'article 8 de la loi du 21 avril 1810 a été invoqué également, pour démontrer que la division du capital social en actions était parfaitement licite au moins dans un certain nombre de sociétés civiles : les sociétés minières.

« Néanmoins », dit ce texte, « les actions ou intérêts dans une société ou entreprise pour l'exploitation des mines seront réputés meubles conformément à l'article 529 du Code civil. »

On en a conclu que les sociétés civiles pouvaient donner à leurs parts sociales les caractères spéciaux des actions commerciales, puisque ce texte prévoit expressément l'existence éventuelle d'actions dans des sociétés civiles comme le sont les sociétés minières. Cette interprétation de l'article 8 de la loi de 1810 est erronée.

Il faut remarquer, d'abord, qu'en 1810, il n'était pas impossible d'imaginer des sociétés civiles constituées dans la forme des sociétés commerciales par actions, mais sur un autre terrain que celui du droit civil. Cette situation pouvait être celle des sociétés civiles pourvues de l'autorisation gouvernementale qui leur était, en pratique, accordée dans les mêmes conditions qu'aux sociétés anonymes commerciales. Ces sociétés civiles pouvaient émettre des actions en tous points identiques à celles du droit commercial ; c'est elles que visait peut-être le texte de la loi de 1810.

En second lieu, le terme « action » est de lui-même équivoque. Il peut être employé sans incorrection sérieuse pour désigner des parts sociales quelconques et ne s'applique pas exclusivement à celles qui présentent les traits spécifiques, propres aux parts des sociétés commerciales par actions.

Enfin, le texte ne concerne que les sociétés minières ; et en supposant qu'il comporte les conséquences qu'on lui attribue, la question resterait entière pour toutes les autres sociétés civiles.

On ne peut donc pas prétendre appuyer sur l'article 8 de la loi de 1810, pas plus que sur l'article 14 de la loi de 1850, la légalité de la division par les sociétés civiles de leur capital social en actions, c'est-à-dire

en parts ayant une nature juridique, caractérisée par des particularités que nous allons examiner maintenant. Il faut tenir en dehors de la discussion ces textes qui ne se sont, en aucune manière, proposés d'y apporter une solution. Rédigés à des points de vue tout différents, il n'y a pas lieu d'en faire état ; mais c'est aux règles du Code civil qu'il faut demander la réponse, elles doivent nous dire s'il est licite d'adapter aux parts dans les sociétés civiles ce que les parts des sociétés commerciales par actions ont de caractéristique.

§ 1. — La division du capital en parts négociables considérée au point de vue du droit civil.

L'action, telle qu'elle a été conçue par le droit commercial, est une part sociale négociable. Elle est destinée à être transmise aisément. Étant faite pour circuler, elle possède des moyens de cession commodes et particulièrement énergiques dans leurs effets.

Or est-il permis de donner aux parts des sociétés civiles une facilité de circulation analogue ? Envisageons d'abord la question dans les rapports des associés entre eux.

Ce qu'il faut considérer à ce point de vue, c'est que la société civile est une société de personnes. L'une de ses bases essentielles est *l'intuitus personæ*. On peut affirmer, sans qu'il soit besoin de fournir une démonstration quelconque de cette proposition, que la faculté de transmettre librement les parts sociales contrevient, sans aucun doute, au principe de *l'intuitus personæ* : Quand un associé peut ainsi mettre à sa place, au sein

de la société, un cessionnaire qui succède complètement vis-à-vis des autres associés à ses droits et à ses obligations, la société n'est plus une société de personnes puisque des mutations dans la composition du personnel des associés originaires sont toujours possibles sans l'assentiment de ceux qui restent.

Or que la société civile, dans la conception du législateur du Code civil, soit essentiellement une société de personnes, on ne saurait pas le contester. La tradition, qui a certainement servi de modèle à notre législation contemporaine, faisait produire au contrat de société des effets qui à ce point de vue étaient particulièrement significatifs; la société engendrait une sorte de fraternité civile, entre ceux qui la constituaient; les obligations qui découlaient du contrat de société en étaient, en conséquence, plus sévères. Le Code civil a recueilli cette tradition, et l'existence légale de ce principe fondamental de *l'intuitus personæ* en matière de sociétés civiles, est incontestable(1). La considération de personnes est si importante que la société, en principe, est dissoute par la mort de l'un des associés ou encore par la survenance de l'un de ces événements qui portent une atteinte grave à la personnalité : l'interdiction, la faillite et la déconfiture.

Toutefois, le Code civil n'a pas interdit absolument aux associés de céder leurs parts. Il résulte de l'article 1861, qu'un associé avec le consentement de ses coassociés peut se substituer une autre personne dans l'exercice de ses droits. Il résulte encore de l'article 1868 qu'il a

1. Baudry-Lacantinerie. *Traité théorique et pratique de la société*, n° 224.

1. *Répertoire de Dalloz*, v° Société, n° 13.

pu être stipulé qu'au cas de décès de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier. Aussi le Code civil n'est pas radicalement hostile aux transmissions de parts puisqu'il a lui-même pris le soin de préciser les conditions auxquelles elles seraient possibles. Le principe de l'article 1861 et de l'article 1868 étant admis, il suffit, peut-on dire, de lui faire produire toutes ses conséquences pour en faire sortir le droit, au profit des sociétés civiles, de donner à leurs parts toutes les facilités de cession que possèdent les actions commerciales.

En effet, puisque le Code civil autorise les associés à se substituer d'autres personnes dans la propriété de leurs droits sociaux pourvu que les associés consentent à l'opération, il suffira pour rendre licite la libre transmission des parts d'y faire consentir les associés, par avance et une fois pour toutes, dans les statuts eux-mêmes (1). L'article 1861 est respecté ; le consentement est anticipé, mais il existe et les négociations de parts se trouvent ainsi parfaitement régulières et légitimes, au moins dans les relations respectives des associés.

Cette manière de raisonner est-elle exacte ?

Cette question rappelle les controverses qui existent, en droit commercial, sur la détermination des caractères de l'action et de l'intérêt, des sociétés de capitaux et des sociétés de personnes. On sait qu'il y a des raisons considérables de distinguer ces deux sortes de sociétés ; les sociétés de personnes ne sont pas soumises à une réglementation aussi sévère que les sociétés de capitaux, de plus les premières échappent à des impôts que subissent les secondes. Ainsi, il peut y avoir pour

1. En ce sens Baudry-Lacantinerie. *Traité théorique de la Société*, n° 224, D. P., 68.2.244. S., 69.2.105. Aubry et Rau, IV, p. 559, § 381.

les sociétés de commerce avantage à être considérées comme des sociétés de personnes, de même qu'il peut y avoir avantage, comme nous l'avons vu, pour des sociétés civiles à n'être pas tenues pour commercialisées aux termes de l'article 68 de la loi de 1893.

Or, des sociétés de commerce ont prétendu que, malgré leur qualification de sociétés de personnes, elles pouvaient assurer à leurs parts les avantages d'un trafic courant (1). Elles se fondaient sur un raisonnement identique à celui que nous indiquions plus haut ; elles partaient du même principe qu'avec le consentement de tous les associés, il était permis à chacun de se donner légitimement un successeur dans la propriété de sa part.

La jurisprudence et la doctrine ont été amenées à se prononcer sur la validité des clauses qui établissaient ainsi, par une voie détournée, la libre circulation des parts et à dégager les conséquences légales que comportaient de semblables procédés.

On peut dire pour résumer les solutions auxquelles on est arrivé sur ces questions que la majorité des décisions judiciaires et des auteurs considèrent que les sociétés de personnes, qui stipulent au profit de leurs associés la faculté de céder librement leurs parts, contraignent aux dispositions de la loi ; les sociétés qui assurent aux titres sociaux un trafic courant et ordinaire sont des sociétés de capitaux (2). Les transmis-

1. D., 87.1.440.

2. En ce sens : Beudant, *Revue critique*, tome 34, page 135. — Lyon Caen et Renault, *Revue critique*, tome II, n° 520. — Boistel, *Précis droit commercial*, n° 249. — Bravard, *Traité de droit commercial*. Tome II, p. 26.

sions de parts ne sont dans les sociétés de personnes que des faits exceptionnels ; il ne faut pas que les statuts en prévoient l'éventualité comme d'une chose normale ; les associés doivent être appelés à donner un consentement unanime au moment même où l'opération de cession a lieu, et ils ne doivent pas se dépouiller par avance de leur droit d'agréer le successeur que l'un d'eux leur propose pour le remplacer, pas plus qu'ils ne doivent se dessaisir de leur pouvoir d'adhérer aux offres de transmission, entre les mains de leurs gérants. Dans l'un et l'autre cas, les associés ne se servent pas de leur faculté légale, mais ils en abdiquent l'usage. Ainsi disent MM. Lyon-Caen et Renault (1) : « Ainsi on peut admettre que les parts d'associés sont des actions alors même qu'un droit d'opposition aux cessions a été conféré au conseil d'administration, s'il ressort que la volonté des parties a été que sauf exception les cessions pussent avoir lieu librement. »

En résumé, de cette controverse du droit commercial sur les caractères distinctifs des sociétés de personnes et de capitaux, se dégage cette constatation que dans les sociétés de personnes, il n'est pas permis de donner aux parts une liberté de circulation qui anéantirait le principe fondamental de *l'intuitus personæ*.

Pour les sociétés civiles qui sont exclusivement des sociétés de personnes, la situation est la même ; leur régime légal ne comporte pas la cessibilité normale de leurs parts ; les procédés qui aboutiraient à l'établir doivent être tenus pour illicites.

Nous nous demanderons plus loin quelles sont les

1. Lyon-Caen et Renault. *Traité*, T. II, 3^{me} édit., p. 327.

sanctions qu'entraîne cette violation des règles du Code civil.

Il va de soi que la prohibition de transmettre les parts n'est pas absolue ; elle n'existe que dans la mesure où elle est rationnelle. Au surplus, il convient de ne pas oublier, que bien loin d'interdire complètement les cessions que voudraient faire les associés de leurs droits sociaux, le Code civil, dans l'article 1861, a indiqué les conditions auxquelles elles seraient admises. Les transmissions de parts sont donc possibles, mais il est de toute nécessité que le contrôle des associés s'exerce effectivement sur ces négociations, il faut que les associés ne soient pas menacés de voir pénétrer parmi eux et malgré leur volonté actuelle des personnes substituées sans leur agrément à des associés originaires. Or pour qu'il en soit ainsi, il ne faut pas que par un consentement général et anticipé les associés aient accepté tous les cessionnaires éventuels de parts. Il ne faut pas davantage qu'ils aient remis aux gérants le soin de les admettre ou de les écarter. Dans l'un et l'autre cas, la règle de *l'intuitus personæ* n'est pas respectée, car en effet dans l'un et l'autre cas, on ne peut pas dire, que les associés aient été déterminés par la considération de personne. En effet, dans le premier cas, le consentement étant anticipé, la personnalité du cessionnaire n'a pu être le mobile qui a déterminé les associés à le donner ; dans le second cas, les associés se sont dépouillés au profit de leurs gérants d'un droit d'appréciation strictement individuel et dont ils ne peuvent pas déléguer l'exercice ; dans les deux hypothèses ils ont commis une violation de la règle de *l'intuitus personæ*.

Il en résulte, en définitive, que les transmissions de parts sociales dans les sociétés civiles sont subordonnées à l'existence d'un consentement unanime et actuel de tous les associés (1). Par là même sont exclus tous les procédés de cession qui tendraient à affaiblir ou à supprimer ce droit essentiel de contrôle ou d'agrément des membres de la société. Il ne faut pas objecter à cette théorie que les procédés de cession en question, ne portent atteinte, en définitive, qu'aux intérêts personnels des associés, que ceux-ci sont libres de les sacrifier et que l'ordre public n'est en aucune manière, menacé par les déterminations auxquelles les associés ont pu s'arrêter à ce sujet. En effet, on ne peut pas autoriser les particuliers, à déformer par des modifications et des altérations arbitraires les types de contrats conçus par le législateur. Or il paraît bien que la règle de *l'intuitus personæ* est primordiale dans le système légal de la société civile. D'autre part, les discussions qui se sont élevées en droit commercial ont abouti à cette conclusion précise que l'économie normale des sociétés de personnes répudie toutes les stipulations par lesquelles on essaierait de donner à leurs parts une facilité de circulation qui n'est naturelle que dans les sociétés de capitaux. Or la société civile est au premier chef une société de personnes ; les parts ne doivent pas être destinées à une libre cessibilité.

En résumé, dans les rapports des associés entre eux, les parts des sociétés civiles doivent être considérées comme intransmissibles. Tel est le principe auquel on

1. Cf. *Pandectes françaises* v^o *Sociétés*, 7101. — Thaller, *Traité élémentaire*, n^{os} 610, 611, S., 1887.1.329 ; 89.1.437 ; 93.1.327. — Lyon-Caen et Renault, *Traité*. Edition 1900, II, p. 327.

doit s'arrêter. Les exceptions qu'on est en droit d'y apporter sont strictement limitées aux hypothèses dans lesquelles la transmission s'accomplit en vertu d'un consentement unanime et actuel, c'est-à-dire fourni au moment même où s'effectue la cession. Dans ces conditions les actions dont l'un des traits distinctifs consiste dans la faculté d'être cédée à tout moment, librement, sans entraves, en dehors de toute autorisation ou tout concours de la société, les actions sont incompatibles avec les règles de la société civile. Je peux donc à mon premier point de vue, celui des relations des associés entre eux, en affirmer la prohibition par le Code civil.

Il nous faut maintenant envisager notre question sous son deuxième aspect, c'est-à-dire nous demander si les règles du Code civil qui régissent les relations des associés avec les tiers ne s'opposent pas à ce que les sociétés civiles emploient des parts fonctionnant dans les mêmes conditions juridiques que les actions commerciales ?

J'ai déjà indiqué sommairement quelles étaient à ce point de vue les particularités originales que présentaient les actions ?

Elles sont des parts négociables, c'est-à-dire qu'elles sont transmissibles plus commodément que ne le sont ordinairement les droits incorporels, c'est-à-dire, aussi et surtout que les conséquences de la négociation sont plus pleines, et plus entières, plus absolues que ne le sont normalement celles des cessions courantes.

De droit commun, la cession d'une créance n'aboutit pas à sa transformation. Elle opère seulement un changement de titulaire, mais la nature et les attributs de la

créance ne subissent aucune modification. Les rapports qui existaient antérieurement à la transmission entre le cédant et le débiteur cédé subsistent entre ce dernier et le cessionnaire et ainsi par exemple, en principe, le débiteur conservera, après la cession, le droit d'invoquer contre le second propriétaire de la créance, les mêmes exceptions et les mêmes moyens de défense qu'il aurait pu utiliser contre le premier.

La négociation d'une action produit, en droit commercial, d'autres effets que ceux-là. Le cessionnaire est investi en vertu de la transmission, consentie à son profit, d'un droit dont la source paraît être non plus dans la convention originaire, intervenue entre la société débitrice et le souscripteur primitif du titre, mais bien dans un contrat nouveau qui se serait formé entre l'acquéreur de l'action et la société, qui joue — au moins en apparence —, le rôle de débitrice cédée. Cette situation ne comporte plus les mêmes conséquences que celles de la cession normale ; la société ne peut plus opposer au nouveau titulaire de l'action les exceptions et les moyens de défense qu'elle aurait pu mettre en œuvre contre le précédent propriétaire. Ainsi c'est à juste titre que je disais que la négociation produit des effets plus pleins et plus absolus que la cession ; n'aboutit-elle pas en effet à assurer au cessionnaire, un droit plus ferme et plus solide contre la société que celui que lui eût donné la cession du Code civil ?

Mais il y a plus. L'action constitue un droit incorporel d'une nature plus complexe qu'une créance ordinaire. En effet si l'on compare ces deux entités juridiques dans la personne de leur titulaire, c'est-à-dire dans

les personnes du créancier, et de l'actionnaire, on peut dire que la créance est toujours une valeur positive, tandis que l'action peut être une valeur positive ou négative, suivant le moment où on la considère. L'actionnaire a droit au partage de l'actif et des bénéfices sociaux, mais d'autre part, il est tenu dans la limite du montant nominal de son titre, au paiement du passif de la société. Or l'actionnaire qui transmet son action, veut céder à la fois les avantages et les obligations qui en découlent, c'est-à-dire, si nous mettons maintenant en scène les créanciers de la société, ceux qui sont fondés à poursuivre les actionnaires en paiement, que l'actionnaire qui négocie, tend à se faire remplacer par le cessionnaire, dans le lien obligatoire qui l'unit aux créanciers de la société. Il se propose quelque chose de plus grave que le cédant dans la cession normale de créance ; celle-ci en définitive, n'apporte aucune modification sérieuse à la situation du seul tiers intéressé : le débiteur cédé. Qu'importe, en théorie à celui-ci que la créance soit entre les mains de telle ou telle personne ? Ce que veut faire l'actionnaire qui transmet son action, c'est outre une cession de créance, une cession de dette.

Le droit commercial l'y autorise en principe. Cependant la négociation ne produit pas immédiatement cette libération complète de l'actionnaire qui transmet. Elle n'a lieu intégralement qu'après l'expiration d'un délai de deux ans à compter de l'opération. La législation française a d'ailleurs connu une époque à laquelle la négociation de l'action engendrait toutes ses conséquences sans restrictions. Mais ce qu'il faut remarquer c'est que la loi établit d'une manière expresse, en faveur des porteurs d'actions, l'exonération de toute res-

ponsabilité à raison du passif social par la seule expiration d'un délai de deux ans à compter de la transmission. Cette décharge des obligations inhérentes à la qualité d'actionnaire se présente donc en droit commercial comme quelque chose de normal, tandis que la cession de dette est en droit civil, une opération qui n'est possible, qu'à la condition d'un consentement formel du créancier cédé.

La négociation ainsi entendue comme une cession très complète, très effective des éléments actifs et passifs qui constituent l'action est évidemment une modalité intéressante de la physionomie juridique de cette sorte de part et nous avons à rechercher si les règles du Code civil autorisent les sociétés civiles à la mettre en usage.

Or peut-on dans les sociétés civiles, sans contrevenir aux dispositions du Code civil, stipuler que les parts sociales seront négociables, c'est-à-dire transmissibles, suivant les procédés usuels et naturels dans les sociétés commerciales par actions et avec toutes les conséquences que ces procédés comportent ?

A priori, il semble bien, que le droit commun fournisse à l'appui de la réponse affirmative qu'on donnerait à cette question, un certain nombre de bons arguments.

On peut, en effet, invoquer à ce propos, les mêmes théories, certainement très imposantes au premier abord, susceptibles d'être mises en œuvre à l'appui de la validité des clauses restrictives de responsabilité.

Les engagements sociaux naissent à la charge des associés par l'intermédiaire des administrateurs à qui ils ont confié le soin de gérer les affaires communes ;

les administrateurs agissent en qualité de mandataires, ils ne contractent valablement et n'obligent les associés qu'à condition d'avoir reçu des pouvoirs suffisants et seulement dans la mesure de ces pouvoirs. Les associés ont pu édicter toutes sortes de réserves dans leur procuration, ils ont pu limiter par tous les moyens les garanties qu'ils entendent offrir aux tiers susceptibles de contracter avec la société et de même qu'ils peuvent restreindre leur responsabilité dans les proportions du montant de leur souscription, ils peuvent aussi bien stipuler que les créanciers n'exerceront leurs recours que contre les associés titulaires des parts sociales, au moment des poursuites.

Ainsi les associés qui ont transmis leurs droits sont, à partir du moment où ils en ont opéré le transfert, exonérés de toute charge d'une nature sociale. C'est une application normale des règles du mandat. Au surplus, ces procédés ne comportent aucune fraude et ne soulèvent aucune difficulté puisqu'il est du devoir des tiers qui contractent avec les administrateurs d'une société de vérifier les termes de leur procuration et de se rendre compte de l'étendue des garanties que leur offrent les associés. Les règles du Code civil légitiment donc la négociabilité des parts en ce qu'elles opèrent une transmission du passif social qui y est afférent (1).

Et cette thèse ne peut que trouver une confirmation dans la jurisprudence et la doctrine qui admettent la personnalité morale des sociétés civiles. Dire que ces sociétés sont des personnes morales n'est-ce pas extérioriser à l'égard des tiers l'ensemble de leurs disposi-

1. D. P., 1868. 2. 244 (Note de M. Tiercelin).

tions statutaires et organiques et entre autres celles qui assureraient aux associés cédants l'exonération de tout le passif social ?

Cette théorie n'est pas exacte.

Abstraction faite en ce moment de toute autre considération, la décharge établie pour cause de négociation au profit d'un associé de la fraction qui lui incombe dans le passif social est aussi incompatible avec les règles et la conception normale de la société civile que l'est la limitation de responsabilité.

Et d'ailleurs cette décharge n'est qu'une forme de la limitation de responsabilité, qu'il faut exclure d'une manière générale du fonctionnement des sociétés civiles.

La négociation aboutit en effet, à réduire, *dans sa durée*, la responsabilité de l'associé, alors que le cantonnement du risque à une certaine somme réduit la responsabilité *dans sa valeur*. Or nous avons vu que la conception de la société civile n'admettait pas les modes de restriction des obligations contractées *nomine sociali* par les administrateurs. Leur responsabilité à ce titre doit être celle du droit commun. Les créanciers de la société ont le droit d'escompter les garanties de paiement ordinaires et courantes et l'intérêt, bien entendu, de la société exige lui-même que son existence ne soit pas paralysée par des combinaisons restrictives inattendues, que le législateur n'a pas adaptées à leur usage. Je ne reviendrai pas sur la question de l'étendue légale du mandat des administrateurs dans les sociétés civiles.

L'opinion que j'ai exposée se résume en ce que les administrateurs ont le droit d'engager les associés sur

tous leurs biens et sans aucune réserve lorsqu'ils agissent dans les limites naturelles des besoins de l'administration de la société ; si cette manière de voir est exacte on en saisit les conséquences, au point de vue qui nous occupe : les associés qui font partie de la société au moment où naissent les obligations contractées par les administrateurs, dans les conditions que je viens de dire, ces associés sont tenus *in infinitum* sur tous leurs biens et ils ne seront exonérés dans le temps, que par l'expiration des prescriptions du droit commun. Par suite, la cession de leur part ne les décharge pas de la fraction aliquote qui leur incombe dans les dettes sociales (1). Le seul effet de la cession — réalisée dans les hypothèses où on peut la tenir pour régulière — sera de l'exonérer du passif contracté postérieurement à sa sortie de la société. Pour le temps antérieur à cette époque, il restera tenu des dettes et lui seul en sera tenu.

Car en effet le cessionnaire ne saurait être poursuivi à juste titre à raison de ce passif contracté avant son acquisition de la part, les créanciers de la société n'ont contre lui aucune action directe. Il ne leur appartient même pas de lui faire subir un contre-coup de leurs poursuites, puisque la société civile étant dépourvue de la personnalité, ils doivent agir contre chacun de leurs débiteurs sociaux personnellement et ils ne peuvent pas, en poursuivant la société civile, faire retomber sur l'acquéreur de la part, par le moyen indirect de la répartition

1. Cf. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique de la société*, n° 241. S., 86.1.169 ; 69.2.105. En sens contraire. Beudant, *Revue critique*, XXXIV, p. 149.

intérieure des charges, la responsabilité d'une fraction de la dette. C'est le cédant qui sera mis en cause ; il lui restera la ressource, le cas échéant de se retourner contre le cessionnaire en garantie du paiement qu'il a dû faire malgré la convention intervenue entre eux. Privée de cet appui qu'elle aurait pu prendre sur les théories de la personnalité morale et du mandat des administrateurs ou gérants, la négociation considérée en tant que transmission des éléments passifs de l'action, devient absolument indéfendable, dans les sociétés civiles. En effet, elle apparaît simplement comme une novation par échange de débiteur. Les créanciers de la société par le fait de la transmission du titre perdraient toute faculté de recours contre l'actionnaire cédant et seraient contraints d'exercer leurs actions contre l'actionnaire cessionnaire. Or la novation ne se présume pas ; l'article 1273 le dit formellement en ajoutant que la volonté de l'opérer doit résulter formellement de l'acte.

L'article 1275 développe la formule de l'article 1273 dans des termes qui s'appliquent nettement à notre hypothèse : « La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur, qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation. »

La conclusion est évidente. La négociation qui, en droit commercial, vaut novation ne peut pas être admise dans les sociétés civiles constituées sur le terrain du Code civil parce qu'une novation ne saurait être ainsi admise par le seul fait de la volonté de l'actionnaire que par hypothèse nous avons supposé être

encore débiteur d'une fraction de l'apport qu'il a souscrit.

En résumé, quand la négociation d'une action constitue une transmission d'éléments passifs, elle ne peut pas être admise pour les parts des sociétés civiles. Mais elle ne peut pas l'être davantage quand elle ne constituerait qu'une cession d'éléments actifs ou encore quand on l'envisage sous celui de ses aspects où elle vaut cession des éléments actifs de l'action.

Non pas, comme on a paru le croire quelquefois, que les procédés de forme imaginés par le droit commercial pour réaliser la négociation soient incompatibles avec les principes du droit civil. Et en effet, ces procédés sont la transmission par voie d'endos, par voie de transfert ou par tradition manuelle, suivant qu'il s'agit de titres à ordre, nominatifs ou au porteur. Or les uns et les autres sont parfaitement adaptables à la cession de créance opérée conformément aux règles du droit civil. Les prescriptions de l'article 1690 ne sont pas d'ordre public. Cette opinion a été admise à plusieurs reprises par la jurisprudence qui a déclaré valables et régulières les transmissions de créances effectuées par voie d'endos (1).

Aucune bonne raison ne peut s'opposer à ce que la cession ne s'opère également par tradition manuelle, résultat qu'il est en tous cas facile d'atteindre par des endossements en blanc, ou ne s'opère par voie de transfert. Il est naturel d'admettre tous ces procédés indistinctement s'il est exact, comme je le crois, que l'arti-

1. Cass. civile, 7 mai 1879. D., 79. 1. 307.

Cass. requête, 15 mars 1892. D., 93. 1. 309.

Cass. civile, 8 mai 1878. S., 78. 1. 292.

de 1690 ne constitue pas une disposition d'ordre public et que les parties ont le droit, par suite, d'y déroger librement par leurs conventions ; ce qu'affirment les arrêts précités.

Ainsi donc, le droit civil ne contient aucune prohibition directe ou indirecte qui mette obstacle à ce que les sociétés civiles adaptent à leurs titres des procédés de transmission analogues ou identiques, dans leur forme, à ceux qui résultent du droit commercial.

Mais la dissimilitude de situation entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales, au point de vue de la cession des éléments actifs, tient à ce que dans les sociétés commerciales, on peut bien parler de cession de créance tandis que dans les sociétés civiles, il est impossible d'employer le même langage (1).

Chacun des éléments constitutifs de l'ensemble de la part, comporte ou peut comporter un mode de cession différent et l'impossibilité d'introduire la négociation, opération unique, dans les sociétés civiles provient ici de la nature des choses bien plus que de la résistance du droit.

L'associé cessionnaire devenu créancier pour partie des débiteurs de la société, devrait à cet égard opérer dans les termes des articles 1690 et 1691 du Code civil, à moins de dérogations conventionnelles autant de significations du transport qui lui a été consenti, qu'il y a de débiteurs sociaux ; pour les immeubles dépendant de la société, il faudrait effectuer la transcription de la cession ; quant aux choses mobilières se trouvant dans la main des associés eux-mêmes, le consentement qu'ils

1. Cf. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique. Société*, n. 232.

auraient donné à la cession, vaudrait remise de possession au profit du cessionnaire de la part (1).

Mais sans nous attarder à examiner les procédés divers qui permettraient à la convention de cession de sortir tous ses effets, il faut seulement retenir que la cession des éléments actifs des parts, dans les sociétés purement civiles, ne peut pas s'opérer d'une manière globale, comme elle se réalise dans les sociétés commerciales par le fait de la négociation.

En résumé, le droit civil est impuissant à fournir une conception de la transmission de parts de société, qui dans les rapports intra-sociaux soit opérante, en dehors du contrôle actuel des associés, et purge le titre de ses tares originaires, qui dans les rapports des associés et des tiers, vaille novation par changement de débiteur et de créancier à l'égard des créanciers et des débiteurs sociaux (2).

Le droit civil ne comporte donc pas l'emploi de parts négociables, c'est-à-dire d'actions. Elles sont incompatibles avec ses règles fondamentales.

§ 2. — La division du capital en parts négociables considérée
au point de vue du droit commercial.

Nous avons vu que le droit commercial n'avait accordé aux sociétés la faculté de limiter la responsabilité de leurs associés qu'à la condition de porter à la connaissance des tiers, par une publicité appropriée,

1. En sens contraire, Houpin, I. 98. Duranton. Guillouard. *Vente*, II, 794.

2. S., 86. 1.169 ; 69. 2. 105 et Baudry, *De la société*, 241. Cf. Laurent, XXVI, 3^e éd.

les réductions apportées aux garanties qui assurent normalement les recours des créanciers.

De même, la faculté de fractionner leur capital en actions n'a été octroyée aux sociétés commerciales qu'au prix d'un assujétissement à une réglementation corrélative, qui résulte, à notre époque, de la loi de 1867. Cette réglementation a été inspirée par une double pensée : on a voulu assurer aux actionnaires et ensuite aux tiers une protection contre les dangers que pouvait leur faire courir la division du capital social en parts douées d'une libre circulation, génératrice des conséquences que nous avons examinées précédemment.

Le péril que comportent les actions pour les associés est assez évident pour qu'il ne soit pas utile d'y insister longuement (1). A raison de sa mobilité, l'action est essentiellement un titre de spéculation ; elle est adaptée aux besoins des marchés de bourse ; elle se prête naturellement à l'agiotage : on l'achètera avec l'espérance de réaliser, dans un délai plus ou moins bref, un bénéfice sur sa revente. L'actionnaire n'aura pas, en général, à raison du but qu'il se propose, la même mentalité que l'associé des sociétés de personnes ; il opère surtout comme un capitaliste, cherchant à son argent, des bénéfices analogues à ceux qu'on espère du jeu et du pari, et non pas du tout des bénéfices attendus d'une entreprise commerciale dont on a pesé en connaissance de cause, les chances et les risques. Aussi les actions sont des valeurs dont les fluctuations sont susceptibles de dépendre d'une habile

1. S., 1884, 1, 361.

réclame bien plus que de la perception raisonnée des éventualités de succès ou d'insuccès d'une affaire commerciale ou industrielle. Il était nécessaire de protéger l'associé des sociétés de capitaux où la libre circulation des parts est admise et doit conduire ceux qui en deviendront titulaires, à les considérer comme des titres de spéculation qu'ils achèteront ou vendront pour des raisons dont ils seront souvent personnellement hors d'état de vérifier la valeur. Il était nécessaire d'assurer aux actionnaires la certitude que les sociétés dont ils seraient plus ou moins occasionnellement les membres, possédaient une certaine solidité.

Un régime d'entière liberté aurait, en effet, rendu possible, l'émission et la circulation d'actions de sociétés inexistantes ou chimériques. Il fallait également donner aux actionnaires des moyens de contrôle dont ils puissent, le cas échéant, se servir pour vérifier la situation des sociétés et la gestion des intérêts sociaux. N'est-il pas certain que, dans une société importante, la distance entre l'actionnaire et les organes d'administration est considérable, et tend à le devenir toujours davantage et qu'il était utile d'assurer aux actionnaires le moyen de prendre connaissance, s'il leur en venait le désir, directement ou par des intermédiaires responsables, des conditions de la mise en valeur des fonds qu'ils avaient apportés à l'entreprise. C'est à ces vues que répondent certaines des dispositions comprises dans la réglementation établie par la loi de 1867. Et d'abord les dispositions qui concernent les actes qui sont la condition préalable de la constitution des sociétés. Ainsi l'exigence de la souscription intégrale du capital social qui donne à la société une base sérieuse

puisque'elle assure la création d'un ensemble d'engagements constitutifs du fonds social ; c'est au même désir de ne pas autoriser la fictivité de la société qu'est due l'exigence du versement sur chaque action du quart ou du total de son montant nominal. La déclaration des versements et des souscriptions, faite par acte authentique assure efficacement la répression des fraudes qui seraient commises à l'occasion de l'accomplissement de ces formalités. Enfin l'obligation de réunir des assemblées constitutives où sont vérifiés, suivant une procédure déterminée, les apports en nature et approuvés les avantages particuliers, protège les actionnaires contre les fraudes qui pourraient les tromper sur la valeur de l'actif social ou entraîner sa dissipation.

La loi de 1867 assujettit également les sociétés par actions à un certain nombre d'obligations ayant pour objet de leur imposer un fonctionnement honnête et régulier. Elle a ainsi prescrit la désignation dans les sociétés par actions, d'un certain nombre d'associés qui ont pour mission de contrôler la gestion des administrateurs ; elle a prescrit la tenue d'une assemblée générale annuelle qui reçoit les comptes des administrateurs ; enfin elle a donné à toutes ces exigences des sanctions civiles et pénales rigoureuses destinées à en assurer une stricte observation. Or, pour quelle raison la loi intervient-elle ainsi, par voie de dispositions impératives, dans l'organisation et le fonctionnement des sociétés par actions ? N'est-ce pas parce qu'à raison de ses attributs, l'action est un titre sur lequel les capitaux, souvent les modestes capitaux, sont appelés à se placer d'une manière fréquemment inconsiderée et

qu'il était indispensable que les pouvoirs publics suppléassent à l'insuffisance de précautions de l'initiative individuelle. C'est la mobilité de l'action — mobilité qui lui est assurée, en droit, par la conception de la négociation qui a motivé la réglementation des sociétés par actions, en vue de la protection des associés eux-mêmes. Mais il a fallu aussi que l'on intervint en faveur des tiers dont les intérêts étaient susceptibles d'être fréquemment compromis et menacés par l'utilisation malhonnête des titres négociables. Un régime de liberté absolue serait, d'une manière certaine, fort dangereux pour tous ceux qui seraient devenus les créanciers des sociétés par actions.

En effet, l'action envisagée sous son aspect d'engagement pris par le titulaire de faire face, dans une mesure déterminée, aux dettes contractées *nomine sociali*, était théoriquement, en sa qualité de titre négociable, susceptible d'une transmission instantanée, devant avoir pour résultat de transporter le fardeau de la dette des épaules d'un titulaire solvable sur celle d'un nouveau titulaire insolvable (1). En somme, la négociation, si elle devait être admise sans restriction et sans correctifs, aboutirait à favoriser l'anéantissement frauduleux des garanties sur lesquelles les créanciers doivent être en droit de compter. Il a donc fallu qu'on protégéât les tiers comme on a protégé les associés eux-mêmes. On l'a fait d'abord en limitant les effets de la négociation : aux termes de l'article 3 modifié de la loi de 1867, le cessionnaire est tenu, encore pendant deux ans à compter de la cession, de la fraction de son titre

1. Cf. 1868. 2. 244. Note de Thiercelin.

qui n'a pas été versée. Ainsi la négociation ne produit pas instantanément toutes ses conséquences et pour que la volonté exprimée à ce sujet par la loi ne soit pas susceptible d'être tournée, il est interdit aux sociétés de mettre leurs actions sous la forme au porteur, — qui rendrait les recours contre les cédants illusoires, — tant que leur entière libération n'est pas accomplie (article 3 modifié de la loi de 1867).

Remarquons qu'en outre de ces dispositions protectrices des intérêts des tiers, l'ensemble des actes et des formalités prescrits dans l'intérêt des associés tourne aussi à la garantie des tiers. En effet toutes les mesures qui assurent la constitution réelle d'un capital social et d'un fonds établi par des versements en espèces, celles qui tendent à la vérification des apports en nature, à l'approbation des avantages particuliers et à la bonne organisation de l'administration sociale, toutes ces mesures destinées à établir une loyale et judicieuse exploitation du fonds social, sont autant de garanties, pour les tiers, de la conservation de leur gage.

En résumé, l'emploi de titres négociables, indépendamment de toute autre considération, légitime à lui seul, l'ingérence des pouvoirs publics dans la réglementation des procédés de constitution et de fonctionnement des sociétés commerciales.

Ainsi l'existence d'un lien intime entre certaines particularités de la législation commerciale et les particularités de cette forme de part sociale qui se nomme l'action, apparaît comme évidente. Le titre négociable appartient au droit commercial et on est fondé à conclure que les sociétés civiles qui établissent leurs parts sur le modèle de titre que leur fournit le droit commer-

cial, se révèlent comme des sociétés constituées, dans les termes de l'article 68, dans les formes du Code de commerce et de la loi de 1867. Cette conclusion est corroborée par les considérations développées à la section précédente et dont je me bornerai à rappeler qu'elles démontrent l'incompatibilité de la négociabilité des parts avec les règles du Code civil.

SECTION IV

Examen de deux controverses sur la détermination des caractères des sociétés astreintes à l'article 68.

J'ai attribué à la limitation de responsabilité et au fractionnement du capital en parts négociables le caractère de signes essentiels et distinctifs des sociétés en commandite ou par actions constituées dans les formes du Code de commerce.

La conséquence de cette théorie c'est qu'il y a lieu de faire application de l'article 68, aux sociétés civiles dans les statuts desquelles se trouveront des clauses ayant pour objet d'établir et d'organiser le fonctionnement de l'une ou de l'autre des modalités retenues comme distinctives de la forme commerciale.

Sur cette question de la détermination des traits spécifiques de la commandite et de la société par actions du droit commercial, il existe d'autres systèmes dont deux au moins doivent retenir maintenant notre attention.

L'un d'eux attache une importance essentielle aux formes proprement dites, revêtues par les sociétés ci-

viles à l'époque de leur constitution. C'est au texte même de l'article 68 que ce système emprunte son principe.

« Quel que soit, etc., les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les *formes* du Code de commerce ou de la présente loi seront commerciales. » Les formes que les sociétés ont revêtues pour se constituer, voilà, conclut-on dans le système que nous examinons, ce dont il faut tenir compte exclusivement pour déterminer le caractère des sociétés civiles susceptibles d'être commercialisées.

En outre, il convient d'entendre le terme « formes » dans un sens rigoureusement strict, dans un sens littéral, ce qui signifie qu'il ne faut pas considérer comme constituées dans des formes commerciales des sociétés civiles présentant des affinités avec les sociétés de commerce dans les procédés de fonctionnement et dans la structure générale, mais exclusivement celles qui ont observé exactement, en se constituant les règles que le droit positif a tracées et prescrites en matière commerciale, pour la constitution des sociétés commerciales.

Partant, ne seront point commercialisables des sociétés civiles que, dans la théorie que j'ai précédemment exposée, on aurait dû tenir pour telles, parce qu'elles avaient stipulé la limitation de responsabilité ou organisé le fractionnement du capital en actions. Ces particularités ne peuvent pas être envisagées comme entraînant une identité de formes constitutives avec les sociétés commerciales et, par suite, la condition exigée par l'article 68 ne se trouve pas réalisée. Les règles de forme du droit commercial résultent de textes précis : la question de savoir si les sociétés civiles les ont suivies ne présente aucune difficulté ; les sociétés

ont-elles comme des sociétés anonymes commerciales, par exemple, observé les exigences qui pèsent sur celles-ci, ayant trait à la souscription intégrale du capital, le versement préalable du quart, la vérification et l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers, etc., elles sont, sans aucun doute, constituées dans les formes du Code de commerce et de la loi de 1867, la condition de l'article 68 est réalisée, il y a lieu d'en faire application (1).

Cette théorie a été accueillie par la Cour de Paris, (6 juillet 1904, *Journal des Sociétés*, 1905, p. 40), dans un arrêt dont les termes méritent d'être rapportés :

« Considérant que la désignation de la société par l'objet de l'entreprise, l'institution d'un conseil d'administration, l'organisation d'assemblées générales sont inopérantes pour attribuer le caractère de sociétés commerciales à une société comme celle dont s'agit, qui non seulement, lors de sa création n'a pas adopté les formes commerciales qui tiennent à l'essence des sociétés anonymes (souscription intégrale du capital, versement préalable du quart, vérification et approbation des apports en nature et des avantages particuliers), mais encore a eu soin notamment de prendre la dénomination de société civile, d'insérer dans l'article 4 des statuts que la souscription de quinze parts émises autoriserait le fonctionnement des opérations sociales, d'attribuer aux apporteurs X... Y... et Z... non des titres d'une valeur égale à celle des parts des autres associés, mais une participation de 20 0/0 dans les bénéfices

1. Houpin. *Journal des Sociétés*, 1904, p. 241-249. — Wahl. *Journal des Sociétés*, 1901, p. 241-289-337.

sociaux et d'envisager dans l'article 12 desdits statuts l'éventualité de sa transformation en société anonyme ou autre. En ce qui concerne la limitation de responsabilité des associés au montant de leur intérêt prévue à l'article 4 des statuts ; considérant que la clause stipulant que les créanciers n'auront pour gage que les biens dépendant de la société n'est pas en principe opposable aux tiers, d'où il suit que les sociétaires ne sont pas affranchis de l'obligation que leur impose l'article 1863 du Code civil d'acquitter chacun pour sa part les dettes sociales, à moins d'une renonciation par les créanciers au bénéfice des dispositions de la loi civile de leur consentement formel, en contractant avec les administrateurs de la société civile d'accepter l'irresponsabilité personnelle des associés.

Considérant que cette stipulation est sans intérêt dans la cause.... — Considérant que le même article 9 décide que tout associé aura la faculté de céder et de transporter des parts dans la société, à charge de demeurer solidairement responsable avec les cessionnaires successifs du versement des sommes non encore appelées ; qu'il résulte de cette disposition ainsi que le constatent les mentions inscrites au dos des titres que la cession des parts devait s'opérer, non par un transfert dans la forme commerciale, mais par un transport dans la forme civile, auquel intervenaient le cédant, le cessionnaire et le cédé ; — Considérant qu'alors même que les parts nominatives de la société de Sumène et des Deux-Jumeaux seraient susceptibles d'être envisagées comme des actions, la division du capital en actions d'une valeur égale n'implique pas nécessairement l'existence d'une société anonyme,

aucun texte n'interdisant la création d'actions dans les sociétés civiles ; — Considérant (arguments tirés de l'art. 10 de la loi du 21 avril 1810, de l'art. 14 de la loi du 5 juin 1850).

Considérant qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 1^{er} août 1893 que le législateur préoccupé de sauvegarder les intérêts des tiers a voulu soumettre aux lois et usages du commerce, quel que soit leur objet, toutes les sociétés constituées dans les formes de la loi du 24 juillet 1867, mais qu'il n'a entendu porter aucune atteinte au droit des sociétés civiles de créer des actions, tout en demeurant placées sous l'empire des lois civiles, sans observer les prescriptions des lois de 1867 et de 1893 qui ne leur sont pas applicables ; — Considérant, par suite, que la société de Sumène et des Deux-Jumeaux.... n'a pas été commercialisée par les divers emprunts accessoires faits aux formes commerciales ; que l'emploi de ces formes commerciales, d'ailleurs, n'avait aucunement trait aux conditions essentielles de la constitution d'une société anonyme. »

La théorie qui résulte de cet arrêt est en contradiction formelle avec celle à laquelle je me suis rallié. Dans l'interprétation que j'ai donnée de l'article 68, l'accomplissement des formalités commerciales est une conséquence de la commercialisation subie par certaines sociétés civiles ; au contraire, dans l'interprétation que nous venons d'examiner l'accomplissement de ces formalités est considéré comme la source même de la commercialisation.

Cette opinion ne peut pas être exacte. C'est une erreur de donner aux exigences de forme contenues dans les lois commerciales le caractère de cause alors

qu'elles n'ont évidemment que celui de conséquences. En effet, elles constituent en droit commercial, la contre-partie des modes d'organisation adoptés par certaines sociétés ; par suite de l'extension que l'article 68 a réalisée de la législation commerciale à certaines sociétés civiles, il y a aujourd'hui lieu d'appliquer à celles-ci les prescriptions de forme du commerce dans les hypothèses où elles seraient applicables à des sociétés commerciales. Les règles de forme sont une conséquence de leur commercialisation ; elles n'en sont pas la cause ni la raison d'être, qu'il faut chercher ailleurs.

D'autre part, la théorie que je combats aboutit à défigurer complètement les intentions de l'article 68, ce qui apparaît comme évident, quand on examine la situation qui en résulterait, si elle était exacte. En faisant dépendre la commercialisation de l'adoption par les sociétés civiles des règles de forme, écrites dans les lois du commerce, on crée pour elles une libre faculté d'y échapper ou de s'y astreindre. En effet il suffira qu'elles ne suivent pas ces règles de forme dont on fait la condition d'application de l'article 68, pour que la réglementation édictée dans cet article leur devienne étrangère. Or l'article 68 est une règle impérative : il soumet certaines sociétés civiles aux lois et usages du commerce et avant tout, il a voulu les soumettre aux prescriptions de la loi de 1867. N'est-ce pas là sa volonté certaine ? Comment alors, prétendre que ces prescriptions du droit commercial et notamment celles de la loi de 1867 doivent être tenues comme constitutives de formes que les sociétés civiles peuvent ou non revêtir, suivant qu'elles le veulent ou non. Bien plus, — si les règles de forme ne sont pas une conséquence de la commercialisa-

tion, mais bien sa raison d'être et sa cause, quelles sont donc les conséquences de la commercialisation ? Les obligations qui en dehors de dispositions exceptionnelles pèsent de droit commun sur toutes les individualités commerçantes : tenue de livres, compétence consulaire, faillite ? Obligations peu importantes, secondaires à la vérité. Ce ne sont pas celles-là que le législateur a surtout voulu imposer à certaines sociétés civiles, mais ce sont avant tout celles qui dérivent de la loi de 1867.

Or la théorie que je discute conduit à dispenser de l'observation des exigences de cette loi des sociétés établies, organisées, fonctionnant d'une manière analogue aux sociétés commerciales en commandite ou par actions. Il leur suffit, pour n'y être pas soumises qu'elles se constituent sans suivre les formalités exigées des sociétés commerciales, de telle sorte que l'article 68 court le risque de rester lettre morte, car on ne voit pas bien, pour quelle raison des sociétés civiles aient spontanément et sans y être aucunement contraintes s'assujettir à une réglementation compliquée et gênante. Resterait la question de savoir si, malgré l'inobservation des formes commerciales de constitution, les sociétés civiles pourraient s'organiser de manière à fonctionner, en fait, d'une façon analogue aux sociétés commerciales, si elles pourraient se munir d'un mécanisme de clauses produisant dans les rapports des associés entre eux, des associés avec les tiers, des effets identiques à ceux des clauses habituelles et normales dans les sociétés commerciales en commandite et par actions. Telle n'est pas la solution admise par notre arrêt. Il dénie toute force à l'égard des tiers aux clauses limitatives de responsabilité, ce qui revient à paralyser

l'existence de la société litigieuse, puisqu'elle est ainsi privée de l'usage d'une clause de ses statuts évidemment essentielle dans la pensée des associés. L'arrêt appuie sa décision sur l'article 1863 du Code civil.

Nous avons discuté la valeur de cet argument, habituellement mis en œuvre par la jurisprudence pour anéantir les prétentions des sociétés civiles à l'opposabilité de leurs clauses limitatives de responsabilité. Je continue à penser que l'argument tiré à ce sujet de l'article 1863 n'a aucune force et s'il était impossible d'en trouver aucun autre, il n'y aurait pas de raison pour refuser d'admettre la limitation des risques, en dehors de toute soumission aux exigences commerciales.

L'arrêt, par contre, reconnaît à la société litigieuse, la régularité de l'émission qu'elle avait faite de parts susceptibles d'un trafic courant. Elle a adopté cette solution parce que ces parts n'étaient cessibles que *jure civili*, aussi parce qu'elles ne comportaient pas une libération pleine et entière du cédant, se réalisant du seul fait de la cession et enfin à raison des textes de 1810 et de 1850 qui autorisent l'emploi des actions dans les sociétés civiles. La dernière raison n'a aucune valeur, nous l'avons réfutée par avance ; la première n'en a pas davantage. Nous avons vu, en effet, que la cession *jure civili* était susceptible de jouer le même rôle et de produire les mêmes effets que la négociation commerciale. La seconde raison tirée de la survivance de la responsabilité du cédant à la transmission effectuée par lui de sa part est plus sérieuse. Mais, au surplus, nous n'avons pas à revenir sur les incompatibilités susceptibles d'exister entre certaines clauses des statuts des sociétés et les principes du Code civil, mais il est évident, que

pour ceux qui estiment notamment que la limitation des risques et le fractionnement du capital ne sont pas en contradiction avec le droit civil, la théorie que nous combattons aboutit à créer, pour les sociétés civiles, la faculté, de jouir du bénéfice des modalités que nous venons de dire, sans subir aucune commercialisation, à la seule condition de n'avoir pas d'elles-mêmes, ce qui est peu probable, suivi volontairement les règles de forme prescrites pour les sociétés commerciales. Cette doctrine paraît admise par certains (1) ; ses résultats sont inadmissibles.

En outre, quelles seront les formes dont l'emploi par les sociétés civiles sera considéré comme entraînant la commercialisation ? L'arrêt que nous avons rapporté distingue des formes essentielles et d'autres qui ne le seraient pas. Mais cette distinction est purement arbitraire et la théorie qui la crée n'en trouve aucune justification dans la loi. Ainsi cette théorie n'a même pas l'avantage de fournir une solution d'une application indiscutable et la rigueur avec laquelle elle s'attache à interpréter l'article 68 n'est qu'apparente dans ses effets, puisqu'il y a lieu de ne considérer comme génératrices de la commercialisation que certaines formes et non d'autres. Pourquoi attribuer ce caractère de formes essentielles à la souscription intégrale du capital, au versement du quart, à la vérification et à l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers, et non pas à l'organisation des assemblées générales et en résumé, à l'observation d'autres prescriptions quel-

1. *Journal des sociétés*, 1901, pp. 241, 289, 337. — Wahl. Cf. Chéron. *Annales droit commercial*, 1905.1.199.

conques de forme. Je ne comprends pas les raisons de cet éclectisme.

Il faut repousser la théorie que nous venons d'examiner, elle méconnaît la pensée de la loi, bien mieux, elle en anéantit les effets. Elle a le tort d'attacher à une expression, peu nette, un sens littéral, qu'il ne faut pas lui donner. La raison d'être de l'assimilation établie par l'article 68 entre certaines sociétés civiles et les sociétés en commandite ou anonymes, doit éclairer le problème qui nous a occupé et en indiquer la solution. Si le législateur a mis dans l'article 68 le terme « formes » il y a mis, aussi, dans un relief égal, les termes « sociétés en commandite ou anonymes ». La condition de l'application de l'article 68 me paraît devoir être recherchée, comme je l'ai fait, dans l'emploi de modes d'organisation et de procédés de fonctionnement des sociétés civiles, susceptibles de créer entre elles et les sociétés commerciales des ressemblances générales, profondes et se rattachant aux bases mêmes de l'économie sociale.

Le système que nous allons examiner (1) maintenant admet, comme je l'ai fait moi-même, que les deux caractères distinctifs des sociétés soumises à la commercialisation sont la limitation de responsabilité et le fractionnement du capital en parts négociables ; mais il exige, pour prescrire l'application de l'article 68, une condition additionnelle savoir : l'existence simultanée

1. Cf. Cassa. crim., 14 janvier 1905. *Journal sociétés*, 1905, p. 245. *Annales droit commercial*, 1905, II, 90 et la note. *Annales de droit commercial*, 1904, II, 112, 1904.1.104. Chéron. *Annales de droit commercial*, 1905.1.199. *Annales de droit commercial*, 1905, II, 4. Houpin. *Journal des sociétés*, 1904, p. 241.

dans les statuts des sociétés envisagées des deux caractères que nous venons d'indiquer. En conséquence, suivant ce système, il n'y a pas lieu de prescrire la commercialisation d'une société qui n'aurait stipulé que le seul fractionnement du capital en parts négociables, non plus que d'une société qui n'aurait revendiqué que le seul bénéfice de la limitation des risques.

On invoque à l'appui de ce système (1) des arguments que nous avons déjà, pour la plupart, rencontrés, au cours de cette étude et au sujet desquels nous n'aurons donc presque rien à dire.

L'emploi de parts négociables, de titres d'actions n'est interdit, dit-on, aux sociétés civiles par aucun texte (2) ; rien dans nos lois ne permet d'affirmer que leur usage est réservé aux seules sociétés commerciales. Au contraire, on trouve dans notre législation des textes qui démontrent, au moins indirectement, la validité de la division du capital des sociétés civiles en actions, et on invoque alors les lois de 1810 et de 1850 que nous avons déjà examinées. Il ne convient pas que nous discussions, à nouveau, la valeur de ces arguments ; je persiste à leur refuser toute force probante, en face des considérations, à mon avis, préférables, dégagées des principes généraux du droit civil et du droit commercial. On prétend aussi que la régularité de l'emploi des actions par les sociétés civiles, en dehors de toute commercialisation, résulte des travaux parlementaires. M. Chéron (3) cite à ce propos, un passage du rapport de M. Thellier de Poncheville. Je ne crois pas que l'on

1. Note de M. Percerou. D. P., 1904.2.241.

2. D. P., 1904.2.248.

3. Chéron. *Annales droit commercial*, 1905.1.199.

puisse attribuer aux termes employés par M. Thellier de Poncheville, la signification que leur donne M. Chéron, ni en déduire les conclusions qu'il en tire. M. Thellier de Poncheville a eu surtout en vue les sociétés de charbonnage fonctionnant en 1893 ; il a voulu bien plutôt leur réserver la conservation des droits acquis, que laisser subsister, ou mieux, établir la faculté pour toutes les sociétés d'émettre librement des parts négociables. De plus, on peut objecter que cette opinion de M. Thellier de Poncheville, que la loi en définitive n'a pas consacrée, expressément, touche spécialement une catégorie déterminée de sociétés, les sociétés de charbonnage, qui, à raison du régime des concessions de mines, vivent sous le contrôle plus ou moins immédiat du Gouvernement. Ainsi donc, en supposant même, ce qui n'est pas démontré, que l'avis de M. Thellier de Poncheville, ait été partagé par le Parlement, il en faudrait conclure exclusivement que la situation acquise par certaines sociétés antérieurement à 1893 est demeurée intacte, mais nullement que toutes les sociétés civiles ont de droit commun la faculté d'émettre des actions.

En outre de cette première série de raisons, on croit pouvoir aussi s'inspirer, pour justifier le système qui nous occupe, de l'esprit des lois de 1867 et de 1893 (1). Le législateur, dit-on, dans ces textes, a voulu protéger les créanciers et les actionnaires des sociétés et il a été déterminé, en les adoptant par des motifs d'une nature double. Il a considéré, d'abord, que la part sociale sur

1. *Annales dr. commercial*, 1903, I, p. 199. Houpin. *Journal des sociétés*, 1904, p. 24 .

laquelle l'épargne risque de se porter avec précipitation, c'est la part cessible ou négociable, ensuite que la part sociale séduisante entre toutes est celle qui n'expose le porteur à perdre, au maximum, que la somme pour laquelle il figure au capital, ceci dit, on doit admettre qu'une société dont les parts ne présenteraient pas concurremment ce double caractère de parts cessibles ou négociables et de parts limitant la responsabilité de l'ayant droit à une somme ou à une valeur donnée ne peut être rangée au nombre des sociétés soumises à l'observation des règles de 1867. Ces justifications du système ne nous paraissent pas plus admissibles que celles tirées des lois de 1810 et de 1850. Si le législateur a été animé, comme on le dit et c'est exact, par le désir de protéger les créanciers et les actionnaires, est-il possible qu'il n'ait admis l'éventualité d'un danger pour eux que dans les seules hypothèses où les statuts des sociétés organiseraient concurremment la limitation des risques et le fractionnement du capital en actions. Nous verrons, dans un instant, quand les conséquences du système que je repousse auront été entièrement développées que le danger est autant attaché à chacune de nos modalités qu'à leur coalition.

En résumé, les sociétés civiles auraient donc la faculté en dehors de toute commercialisation de diviser leur capital en parts négociables; cette première conséquence du système est nettement affirmée chez ses partisans (1). Il faut décider également que la limitation de responsabilité doit être autorisée dans les mêmes conditions.

1. Cf. D. P., 1904.2.241. *Annales droit commercial*, 1903, 1^{re} partie, p. 199. Chéron. *Annales droit commercial*, 1905, I, 199.

Cette seconde conséquence ne paraît pas aussi catégoriquement déduite des principes posés et on ne peut manquer de remarquer, dans les notes de M. Percerou et des *Annales du droit commercial*, que j'ai citées plus haut, que ce second côté de la question est plutôt laissé dans l'ombre. Et cependant, il paraît logique et indispensable de valider la limitation des risques existant individuellement aussi bien qu'on admet individuellement la division du capital. On aboutirait autrement à une constatation singulière : les sociétés civiles ne pourraient pas se constituer suivant le type de la commandite simple.

En effet ne présentant qu'un seul des deux caractères requis pour la commercialisation, de telles sociétés ne pourraient pas y être astreintes, mais elles ne pourraient pas davantage s'y soumettre spontanément. La loi de 1893 n'a pas créé une faculté, mais établi une règle impérative, partant, d'interprétation stricte : la commercialisation n'est faite que pour les sociétés qu'elle a visées.

Mais est-il possible que les sociétés civiles qui ont le droit de se donner légalement une constitution identique à celles des sociétés commerciales en commandite par actions ou anonymes, n'aient pas celui de se constituer, suivant le type de la commandite simple. Le législateur n'a pu vouloir une telle anomalie, et il est probable que les partisans du système, qui retient notre attention, ont bien entendu, sans le dire très expressément, laisser aux sociétés civiles, la faculté de stipuler dans leurs statuts, la limitation de responsabilité toute seule, comme ils leur ont accordé formellement le droit de stipuler la division du capital, en parts négo-

ciables, toute seule. Et cela, va sans dire, conformément à leur principe, en dehors de toute commercialisation.

Mais alors, les conséquences auxquelles aboutit leur système, si elles sont telles, sont en contradiction avec les considérations de principe qui les ont déterminé à admettre ce système. Ils attribuent au législateur le désir de protéger les créanciers et ce législateur aurait laissé aux associés le droit de restreindre leurs risques, en dehors de toute commercialisation ! c'est-à-dire sans leur imposer cette publicité des statuts qui est considérée, à juste titre, comme la protection et la sauvegarde des créanciers ! L'examen de cette première série des résultats de la théorie qui n'astreint à la commercialisation que les sociétés qui ont, à la fois, limité la responsabilité et créé des parts négociables, suffit à la faire rejeter ; est-il possible, en effet, que la loi ait voulu interdire la création de sociétés civiles en commandite simple, ou bien que, les ayant admises elle ait voulu les laisser se fonder dans des conditions telles qu'elles soient un danger pour le public ? Ni l'une ni l'autre de ces solutions ne peut être admise.

Le législateur n'a certainement pas voulu davantage que les sociétés civiles puissent, sans être astreintes aux obligations corrélatives de la loi commerciale, diviser leur capital en actions. Nous avons vu précédemment que les règles du droit civil étaient inconciliables avec un tel procédé de fractionnement du capital et que les règles du droit commercial avaient édicté, à son sujet, des prescriptions spéciales et exceptionnelles. Nous n'y reviendrons pas. Mais il suffira d'examiner ici encore, comme pour la limitation de responsabilité les

résultats que produirait le système que je combats, pour nous persuader qu'il ne peut pas être admis. En effet il rendrait possible la division du capital en actions dans des sociétés civiles en nom collectif. Les partisans du système nous affirment, d'accord avec leur principe, que de telles sociétés seraient régulières (1).

Ne seraient-elles pas aussi dangereuses que des sociétés anonymes ou en commandite par actions ? Elles seraient au moins aussi dangereuses : en effet la faculté de négociation, inhérente aux parts, assurerait aux associés le moyen de se débarrasser de leurs titres, au moment même où la possession en deviendrait onéreuse ; la transmission au profit d'insolvables, couvrirait leur retraite, les rendrait intangibles et anéantirait du même coup, les recours et les garanties des créanciers. Elles seraient même plus dangereuses que des sociétés anonymes ou en commandite par actions, constituées légalement. Dans celles-ci, au moins, les créanciers ont l'assurance que le capital a été entièrement souscrit, qu'une fraction ou que la totalité du capital a été fournie. Enfin le cédant n'est pas complètement libéré de ses engagements, par le seul fait et au moment même de la négociation de son titre. Il en serait tout différemment dans nos sociétés en nom collectif ; en effet, ces sociétés étant constituées en dehors de toute réglementation, sur le terrain du laissez-faire du Code civil, les parts négociables auront pu être émises, sans avoir fait l'objet d'aucun versement, sans que leur solidité résulte de l'accomplissement d'aucune obligation pré-

1. *Annales*, 1903, *Loc. cit.*

Chéron, *Annales*, 1905, *Loc. cit.* — Thaller, *Traité*, n° 608.

cise, sans que les associés soient empêchés de leur donner une forme favorisant les transmissions frauduleuses.

De telles sociétés seraient donc régulières ?

Il est impossible de l'admettre (1) ; comment peut-on même qualifier de sociétés en nom collectif de semblables organisations ? Qu'est-ce que cette responsabilité indéfinie et solidaire des associés qui peut, au moment précis, où elle est mise en cause, s'évaporer instantanément ? Comment prétendre que de semblables combinaisons ne violent pas la volonté d'un législateur qui s'est proposé, nous dit-on, entre autres buts, de protéger les créanciers.

Concluons, en repoussant cette seconde théorie comme la première et tenons-nous-en à celle que nous avons tout d'abord admise et qui impose la commercialisation à toute société, dans laquelle on aura organisé soit la limitation des risques, soit le fractionnement du capital en parts négociables.

SECTION V

Interprétation des clauses statutaires susceptibles d'entraîner la commercialisation.

Jusqu'à ce moment, dans toutes les occasions où nous avons étudié la limitation de responsabilité et le fractionnement du capital en actions, nous avons considéré que ces modalités résultaient de clauses statutaires, claires et ne présentant en elles-mêmes aucune

1. Cf. Lacour, *Revue critique*, 1885, p. 460.

équivoque. Or, si dans la pratique, les hypothèses sont nombreuses dans lesquelles les sociétés civiles ont ainsi affirmé, nettement, par des dispositions formelles et explicites de leurs chartes constitutives, leurs intentions à cet égard, il existe aussi des espèces dans lesquelles, au contraire, les stipulations sociales touchant l'organisation des responsabilités des associés ou les transmissions de parts sont rédigées de telle manière qu'il peut y avoir des doutes sérieux sur leur signification, leur nature et leur portée.

Les motifs de cette obscurité, qui est voulue, sont faciles à saisir. Les sociétés civiles qui connaissent évidemment les difficultés éventuelles que présente l'introduction dans leurs statuts de clauses susceptibles de les faire qualifier de « commerciales » sont naturellement inclinées à rechercher des procédés de rédaction capables de leur assurer, le cas échéant, des moyens de résister victorieusement aux tentatives faites pour les enserrer dans le réseau des conséquences de toute nature inhérentes à la commercialisation. Et à ce point de vue, le but à atteindre sera principalement de conserver à titre de ressource suprême, la faculté d'être traitées comme des sociétés restées civiles; sans doute dans le débat, elles se verront peut-être dépouillées de quelques-uns des avantages qu'elles auraient pu utiliser si la forme mixte qu'elles s'étaient donnée, avait pu se faire tolérer, mais, en tous cas, elles éviteront les sanctions rigoureuses, pénales et civiles, qui les auraient frappées, si on avait pu retenir contre elles le grief d'une commercialisation irrégulière.

C'est surtout la rédaction des clauses de limitation de responsabilité qui a mis en jeu l'ingéniosité des prati-

ciens. Ils ont cru devoir se donner moins de peine pour les stipulations concernant le fractionnement du capital en parts négociables. Ceci est d'ailleurs très compréhensible; la majorité des auteurs et la jurisprudence, en règle générale, admettent la validité de l'emploi des parts cessibles dans les sociétés civiles; nous avons vu sur quels arguments repose cette opinion. Il en résulte qu'il est inutile que les sociétés civiles masquent leurs intentions à cet égard. Le point délicat reste donc la limitation des risques; en effet, dans la théorie, en somme dominante dans la jurisprudence et la doctrine, c'est l'existence simultanée de la limitation des risques et des parts négociables, qui constitue la condition de la commercialisation. Il s'en suit qu'il est sans danger de créer des actions, pourvu que l'on s'abstienne de revendiquer ouvertement, formellement, d'une façon indubitable, comme cela a lieu dans la commandite ou la société anonyme commerciale le bénéfice du cantonnement des risques. C'est de l'interprétation des clauses tendant à la réalisation de ce dernier but que dépendra la décision des litiges, a-t-on ou n'a-t-on pas limité les risques comme dans la commandite ou dans la société anonyme, telle sera la question importante; celle qui commandera la solution du problème de la commercialisation.

La pratique devait être amenée à formuler dans les statuts, les stipulations concernant les risques de telle manière qu'elles assurent aux sociétés civiles menacées une retraite sur le terrain du Code civil.

Les Cours d'appel de Montpellier et de Besançon (1)

1. D. P., 1904. 2. 241. *Annales droit commercial*, 1905, I, 199 (Chéron). *Journal des sociétés*, 1904, 241 (Houpin).

se sont trouvées, l'une et l'autre, à peu près à la même époque en présence de sociétés civiles dont les statuts contenaient sur cette question de la responsabilité des associés des clauses à peu près identiques dont il y avait lieu d'interpréter le sens, la nature et de déduire les conséquences. Il était stipulé, dans des termes à peu près semblables pour l'une et l'autre société : « Que les propriétaires de parts ne peuvent être tenus à aucun appel de fonds ni à aucune responsabilité vis-à-vis de qui que ce fût et pour quelque cause que ce pût être, qu'en conséquence les tiers ne pourraient exercer leurs droits que sur l'actif social ; que leurs actes portant engagement au nom de la Société devraient contenir textuellement cette disposition à défaut de quoi les membres qui les auraient signés ou autorisés en seraient seuls responsables. »

La Cour de Montpellier a estimé que la clause critiquée n'avait dans l'intention des associés pour effet que de déterminer leurs rapports réciproques et en aucune manière d'établir la loi de leurs rapports avec les tiers. Les associés ne s'étaient donc pas proposé le but que doivent normalement atteindre les véritables clauses restrictives de responsabilité et qu'elles atteignent en effet dans les commandites et les sociétés anonymes commerciales.

« Considérant, dit l'arrêt de Montpellier, que l'article 10 stipule, à la vérité, la limitation de responsabilité des sociétaires au montant de leurs actions, mais que ce même article ajoute et précise qu'en conséquence de cette stipulation tous actes portant engagement au nom de la société devront rapporter textuellement cette disposition des statuts, à défaut de quoi les membres qui

les auront signés ou autorisés en seront seuls responsables au delà de leur part sociale ; qu'il s'ensuit que la stipulation de la limitation de responsabilité des actionnaires n'a en réalité d'effet qu'entre les associés, mais qu'elle n'est point opposable aux tiers qui, par le fait ou la faute des représentants de la société ne l'auraient pas connue ou acceptée. Qu'en cet état des statuts la validité de la société litigieuse est indépendante, au point de vue de son régime légal de l'application des lois de 1867 et de 1893 (1). »

Voyons, au contraire, comment l'arrêt de Besançon interprète l'article analogue des statuts soumis à son appréciation :

« Attendu... que sans doute cet article porte *in fine* que tous actes portant engagement au nom de la société devront rapporter textuellement cette disposition (à défaut de quoi les membres, qui, etc.) ; mais que cette sanction ne confère pas aux créanciers le droit de faire porter leur gage au delà du capital sur les biens personnels des associés (2). »

La controverse roule sur l'interprétation à faire du dernier alinéa de la clause litigieuse, alinéa qui est rédigé dans des termes intentionnellement équivoques. Les engagements de la société qui ne stipulent pas expressément la limitation de responsabilité des associés au montant de leurs parts, peuvent-ils s'exécuter néanmoins sur tous les biens des associés, sauf la faculté pour ceux-ci de se retourner contre les membres qui ont autorisé ou signé les engagements, ou bien, au con-

1. Cf. *Gazette Trib.*, 17 avril 1904.

2. Cf. *Gazette Tribunaux*, 11 décembre 1903.

traire, les engagements ne peuvent-ils s'exécuter que contre les seuls associés qui les ont signés ou autorisés, sans que les autres puissent être poursuivis au delà du montant de leurs parts? Toute la question est là. Dans le premier cas, la clause litigieuse n'organise pas la limitation de responsabilité, elle n'entraîne pas la commercialisation de la société qui l'a écrite dans ses statuts; dans le second cas la solution est directement inverse. La solution adoptée par la Cour de Besançon nous paraît la seule exacte. On doit interpréter la clause discutée, en tenant compte de l'intention des associés. Or, il est certain, en fait, que la volonté de ceux-ci a été d'adhérer à une véritable société anonyme. La netteté de la première partie de la stipulation qu'on leur présentait, devait leur faire penser légitimement qu'ils n'encouraient de responsabilités que dans la limite de leurs parts et la tournure amphibologique du dernier alinéa pouvait très raisonnablement leur apparaître comme une confirmation et une application du principe de responsabilité limitée posé d'une manière si catégorique.

Les associés avaient donc voulu constituer une société anonyme (1); la Cour de Besançon a estimé comme eux, que la première et la seconde parties de la clause discutée conspiraient à organiser une limitation des risques bien caractérisée. Il est de l'intérêt des tiers, des associés eux-mêmes, que de semblables organisations sociales soient soumises aux règles tutélaires de la législation commerciale. Il est souhaitable, à un point

1. Cf. Chéron. *Annales droit commercial*, 1905, I, 199. En sens contr. Houpin. *Journal des Sociétés*, 1904, p. 241.

de vue préventif, qu'une doctrine inspirée de celle de la Cour de Besançon, barre la route aux combinaisons qui risquent de conduire des associés de bonne foi, aux surprises les plus préjudiciables à leurs intérêts.

La Cour de Montpellier se trompe en attribuant à la clause en question le caractère d'une stipulation d'ordre purement intra-social. A vrai dire, la société lui attribue une telle signification, devant la menace de la commercialisation et des sanctions qui en auraient été la suite ; mais en réalité, ceux qui l'avaient rédigée, se proposaient de lui faire tenir aux yeux des associés et des créanciers eux-mêmes, dans la mesure du possible, le rôle d'une stipulation opposable *erga omnes*.

Il ne faudrait pas non plus, comme l'a pensé sans doute plus ou moins explicitement la Cour de Montpellier, affranchir les sociétés, qui ont voulu fonctionner comme des sociétés commerciales en commandite ou anonymes, des rigueurs de la loi, à la faveur de cette constatation qu'elles n'ont pas atteint et n'ont pu atteindre le résultat qu'elles se proposaient, puisque la clause de responsabilité limitée devient inopérante à l'égard des tiers, par le seul fait qu'on leur accorde, conformément à leurs prétentions, la qualité de sociétés civiles. Il ne s'agit pas, en effet, d'envisager les résultats obtenus par le jeu de la clause de limitation : de toute façon elle n'en peut produire aucun, qu'on tienne la société pour civile ou pour commerciale irrégulièrement constituée. Mais il importe exclusivement de dégager la volonté des associés.

Les clauses que nous venons d'examiner sont un exemple des expédients auxquels des sociétés civiles demandent le moyen de fonctionner autant que possi-

ble comme des sociétés commerciales sans se soumettre aux exigences dérivant de l'article 68 et en conservant de plus, une faculté, pour le cas où elles se trouveraient sous le coup des sanctions de la loi, de s'y dérober, en revendiquant le bénéfice des règles du droit civil. Pour interpréter ces clauses, comme toutes autres analogues, il importe de se pénétrer du but poursuivi par les associés et il faut considérer comme constituées sur un type commercial, toutes les sociétés civiles dont les statuts directement ou indirectement révèlent l'intention de soustraire les associés vis-à-vis des tiers à la responsabilité indéfinie, dont ils sont tenus à leur égard, à raison de tous engagements pris par les gérants dans les limites des besoins de l'administration sociale. On se souvient que c'est dans ces termes qu'a été précédemment formulée l'étendue de la responsabilité des associés des sociétés civiles et pour préciser l'opinion que j'ai soutenue à cet égard, j'ajouterai en établissant une comparaison avec le droit commercial, que les sociétés civiles non commercialisables doivent être, par essence, constituées, abstraction faite de la solidarité, dans la forme et sur le type de la société en nom collectif.

SECTION VI

Sanctions applicables aux sociétés civiles irrégulièrement constituées dans une forme commerciale.

Au point où nous en sommes de cette étude, après avoir déterminé les caractères qui doivent être retenus pour distinctifs des sociétés civiles astreintes à la com-

mercionalisation par application de l'article 68 et après avoir formulé une règle permettant de dégager le sens des clauses statutaires équivoques desquelles peuvent résulter les modalités caractéristiques, il convient maintenant que nous examinions les sanctions encourues par les sociétés civiles irrégulièrement constituées. Cette question est simple et ne comporte pas de longs développements.

En effet, dans toutes les hypothèses où des sociétés pourront être considérées, comme présentant les signes essentiels et distinctifs des types de la commandite ou de la société anonyme, il y aura lieu de leur faire application, quand leur constitution sera irrégulière, c'est-à-dire, en contravention avec les prescriptions imposées aux sociétés commerciales des mêmes types, des pénalités qui frapperaient, le cas échéant, ces dernières dans des circonstances identiques. Une société civile qui, étant créée sur la base de statuts qui en font une société anonyme, se sera mise en marche, sans avoir observé les règles écrites dans la loi de 1867 par exemple, sera frappée des mêmes répressions qu'encourrait une société anonyme commerciale, qui aurait contrevenu aux mêmes exigences. La condition d'application des sanctions étant ainsi déterminée, le cadre de cette étude ne comporte pas l'examen des sanctions elles-mêmes : elles ne présentent rien de particulier, en tant qu'elles s'appliquent à nos sociétés civiles et elles ne doivent pas, par suite, faire l'objet d'une étude spéciale.

Mais est-il admis d'une manière unanime qu'en présence d'une société civile irrégulièrement établie sur un

des types commerciaux prévus à l'article 68, la conséquence nécessaire soit l'application des sanctions du droit commercial? Et ainsi, ne doit-on pas, dans ces circonstances, déclarer la dégénérescence de la société en société civile ordinaire plutôt qu'en prononcer purement et simplement la nullité dans les termes de la loi de 1867? M. Percerou dans la note qu'il a rédigée, sous les arrêts précités de Besançon et de Montpellier (1), combat cette théorie et visant l'exposition qu'en a faite M. Wahl s'attache à la réfuter (2). J'estime comme M. Percerou que « du moment que l'on admet que les contractants ont voulu fonder une véritable société anonyme, si celle-ci n'est pas conforme à la loi de 1867, on doit l'annuler purement et simplement (3). »

Cependant il importe d'observer que si l'opinion défendue par M. Wahl n'est pas exacte, elle est chez lui très logique : elle est, en effet, en conformité parfaite avec les principes qu'il admet en ce qui concerne la détermination des caractères entraînant la commercialisation. On se souvient que cet auteur considère que les sociétés ne sont soumises à l'article 68, que dans les seules hypothèses où elles ont observé à l'époque de leur constitution les formalités établies et décrites par les lois commerciales et notamment par la loi de 1867. Il en résulte que dans toutes les autres hypothèses quel que soit le contenu de leurs statuts, les sociétés ne peuvent pas être tenues pour commercialisées. En particulier en présence des conditions de constitution des sociétés de Besançon et de Montpel-

1. D. P., 1904. 2.241.

2. *Journal sociétés*, 1901.241.

3. *Annales droit commercial*, 1903, p. 901 et Chéron, 1905.1.199.

lier, l'application de la thèse de M. Wahl conduirait à refuser de voir dans ces sociétés de véritables sociétés anonymes, dans les termes de l'article 68 ; en effet, elles n'ont pas rempli les formalités constitutives de la loi de 1867. Elles sont demeurées sociétés civiles et le droit civil ne prononce pas leur nullité ; il y aura lieu seulement d'apprécier leurs clauses par rapport aux règles propres au droit civil qui peuvent exiger la neutralisation de certaines d'entre elles, mais ne comportent pas l'anéantissement du pacte social tout entier. Ces conclusions auxquelles aurait abouti le système de M. Wahl sont en harmonie avec son principe sur la réfutation duquel nous ne reviendrons pas.

De même les auteurs qui ne tiennent pour commercialisables, que les sociétés civiles qui présentent concurremment les deux caractères de la limitation des risques et du fractionnement du capital en parts négociables, sont conséquents avec eux-mêmes, en ne frappant des sanctions de la loi que les seules sociétés, qui, offrant simultanément cette double particularité, contreviendraient aux obligations corrélatives à l'emploi du type par elles adopté. Il ne convient pas davantage que nous examinions à nouveau la valeur de cette conception et il ne me reste qu'à conclure, en partant des prémisses que j'ai établies, que les sociétés civiles, inscrivant dans leurs statuts soit la limitation de responsabilité, soit la division du capital en actions, sont astreintes, suivant les cas, aux obligations imposées aux sociétés commerciales en commandite ou anonymes, sous les mêmes sanctions qui en garantissent l'accomplissement par ces dernières.

CHAPITRE III

Les effets de la commercialisation. Détermination de leur étendue.

L'article 68 soumet les sociétés civiles constituées dans les formes commerciales aux lois et usages du commerce. Cette disposition, en apparence claire, a provoqué des controverses. Suivant une opinion, il faut la comprendre d'une manière stricte, partant, n'en déduire, en ce qui concerne les sociétés civiles, que les assimilations au régime commercial, qui y sont expressément prescrites. Ainsi le texte ne visant que les sociétés, il faut restreindre son effet aux sociétés seules et ne pas y soumettre les actes accomplis par les sociétés. La distinction ainsi établie est nette et sans prendre parti, maintenant, sur le point de savoir si elle est justifiée ou non, on ne peut pas la taxer de pure subtilité. En effet, on peut aisément concevoir que le législateur n'ait voulu commercialiser que les sociétés exclusivement, c'est-à-dire, n'ait voulu que soustraire certaines personnes morales, constituées dans les conditions qu'il indique, aux dispositions de leur statut naturel ; sans altérer, d'ailleurs, les règles applicables à l'ensemble des opérations ayant trait à ces personnes morales.

En conséquence, dans cette théorie, les sociétés civi-

les observeront les mêmes prescriptions que les sociétés commerciales, en ce qui concerne la constitution, l'organisation, en un mot, la structure des sociétés. Mais en dehors de là, le droit civil reprend, le cas échéant, tout son empire.

Les opérations auxquelles se livrent les sociétés resteront sous leur régime légal naturel et elles ne subiront aucun contre-coup du fait de la transformation imposée aux sociétés elles-mêmes. Les questions juridiques auxquelles donneront lieu ces opérations seront appréciées et solutionnées, suivant les principes de leur législation propre, qui sera en général la législation civile.

En effet les sociétés civiles, déclarées commerciales par la volonté de la loi, font dans la plupart des cas, par hypothèse, des actes qui, par nature sont civils et qui doivent rester tels, à moins que la volonté de la loi n'intervienne également, en ce qui les concerne, pour en modifier la qualification. Or c'est précisément ce qui est contesté, dans l'opinion que j'expose en ce moment. Si elle est exacte, le plus grand nombre des actes des sociétés commercialisées devront être traités comme civils.

Suivant la thèse inverse, l'article 68 doit faire l'objet d'une interprétation bien plus extensive (1). On y estime qu'il s'est proposé d'établir une similitude aussi complète que possible entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales ; il ne faut pas la limiter aux sociétés seules, ou isoler ces dernières des manifestations de leur activité ; mais au contraire on doit trans-

1. *Journal des Tribunaux de commerce*, 1898, p. 138, *Recueil jurisprudence Nantes*, 1900, I, 110.

porter en bloc, sur le terrain commercial, les personnes morales avec tous leurs actes.

La controverse n'est pas purement spéculative.

Sans doute, la partie essentielle de la réforme de 1893 n'est pas menacée, si l'on admet l'interprétation restrictive de l'article 68, et si l'on cantonne, par suite, aux seules sociétés, abstraction faite de leurs opérations, les effets de la commercialité. Il est certain, en effet, que c'est surtout la réglementation applicable aux personnes morales commerciales que l'on a voulu étendre aux sociétés civiles. Cependant au point de vue pratique, les différences entre les deux systèmes d'interprétation de l'article 68, sont assez nombreuses et assez considérables.

Ainsi, si l'on tient pour civils les actes accomplis par les sociétés commercialisées, les tribunaux civils seront seuls compétents pour connaître des contestations qui y seront relatives.

Les modes de preuve, admis en droit commercial, diffèrent très notablement de ceux du droit civil. A ce point de vue, il est donc intéressant de distinguer les conventions civiles des conventions commerciales.

Les règles du commerce, sur le taux des intérêts et sur le gage, par exemple, ne concordent pas avec celles que pose la législation civile.

Pour toutes ces raisons, la controverse qui nous occupe mérite d'être sérieusement étudiée.

A laquelle des deux solutions en présence doit-on s'arrêter ?

A l'appui de la première opinion (1), celle qui re-

1. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n. 1085. *Journal des Sociétés*, 1895, p. 291.

pousse l'extension que l'on fait de la commercialisation de la société à ses actes, on fait observer qu'il serait contradictoire de tenir pour commerciaux des actes, que, sans contestation possible, on tiendrait pour civils, s'ils étaient faits par des sociétés commerciales.

Et en effet, toutes les opérations de ces dernières sociétés ne sont pas nécessairement commerciales ; elles ne le sont qu'aux conditions prévues et déterminées aux articles 632 et ss. du Code de commerce ; le système de ce Code ne consiste pas à partir de la qualité de la personne qui agit pour fixer la qualification juridique de ses actes ; mais bien au contraire, le Code de commerce fait découler la qualification de commerçant de la répétition habituelle par une personne d'actes qualifiés par la loi de commerciaux. Ainsi donc, il est parfaitement conforme aux règles du droit commercial d'admettre que les sociétés commerciales peuvent faire des actes civils ? Or, ne serait-il pas contradictoire, dans ces conditions, de décider, au rebours de ces principes, que tous les actes des sociétés commercialisées sont nécessairement des actes de commerce ou plus exactement des actes commercialisés.

Le législateur a voulu établir par l'article 68, une situation, qui lui paraissait désirable pour certaines sociétés civiles ; il a voulu les soumettre à la réglementation des sociétés commerciales : il l'a fait directement, en changeant la qualification de ces sociétés civiles ; mais il n'a pas fait davantage et n'a nullement cherché à réaliser ce que le droit commercial ne comporte pas pour les sociétés commerciales elles-mêmes savoir : la commercialisation générale des actes qu'elles accomplissent. Les actes sont restés en dehors des prévisions

du législateur ; s'il eût changé leur nature, il n'aurait pas employé la formule qu'il a choisie pour l'expression de sa pensée ; il n'aurait pas dit « les sociétés constituées, etc .. seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. » Mais il aurait pu dire, pour être précis, que les actes des sociétés constituées, etc., seront commerciaux et la qualification des sociétés elles-mêmes était modifiée d'une manière certaine par voie de conséquence, aussi bien que par la formule qu'il a arrêtée, et sans qu'il fût besoin de le déclarer explicitement.

Or au contraire, c'est la nature de la société seule que l'on a voulu transformer et c'est, en effet, la société exclusivement qui est mise au premier plan de la réforme et du texte. Quant aux actes qu'elle pourra faire, l'article 68 n'a pas expressément disposé à leur égard. On ne peut pas, en effet, prétendre que leur commercialisation, c'est-à-dire l'altération de leur statut naturel puisse résulter de l'extension globale que fait l'article 68 aux sociétés en question des lois et usages du commerce, car nous avons vu, il y a un instant, que les lois et usages du commerce, admettent et cela d'une manière indiscutable, la faculté pour les sociétés commerciales elles-mêmes, d'accomplir malgré leur qualification personnelle, des actes civils.

Le texte de l'article 68 et l'esprit du droit commercial ne permettent donc pas que l'on tienne pour commerciaux d'une façon générale, tous les actes des sociétés commercialisées.

Or, n'y a-t-il pas là une anomalie étonnante et inadmissible ? La pensée du législateur ne serait-elle pas déformée, si l'on devait admettre un semblable système,

la réforme qu'il a voulu réaliser ne serait-elle pas tronquée ? En effet, dit-on, les raisons qui ont motivé la commercialisation des sociétés militent en faveur de celle de leurs actes ; c'est tout le droit commercial, que l'on a voulu transposer aux sociétés civiles qui, à raison de leur forme, de leurs besoins, de leurs tendances et des risques qu'elles font courir aux tiers et aux associés, sont naturellement assimilables aux sociétés commerciales ; la réforme de 1893 serait imparfaite si on la limitait aux sociétés seules (1).

A l'appui de cette opinion, on cite des passages des travaux parlementaires qui ont précédé le vote de l'article 68 ; ainsi la formule tranchante qu'employait M. Clausel de Coussergues et qui semble indiquer la volonté de soumettre les sociétés civiles commercialisées à toutes les obligations de la loi commerciale, intégralement. « Il faut choisir, disait-il, être société civile ou être société commerciale, être régi par une loi ou être régi par une autre, avec les bénéfices et les charges respectifs de l'une ou de l'autre. » La pensée de M. Clausel de Coussergues que le Parlement a consacrée de ses votes, n'est-elle pas nette et sans équivoque ? N'exprime-t-elle pas la volonté d'établir une assimilation aussi complète que possible. Mais sur ce point M. Thévenet, au Sénat, a précisé davantage et un passage de son discours rapporté par M. Thaller, dans les *Annales du droit commercial*, est particulièrement démonstratif.

1. D. Supp., V^e Société, n^o 2156. *Journal Tribunaux commerce*, 1898, p. 138. — Houpin, I. 218. *Revue crit.*, 1897. 283. D. P., 1895. 2. 105 (Lacour, S., 1896. 2. 59 (Wahl). — Thaller. *Annales droit commercial*, 1894, p. 136 et *Traité*, n^o 760.

« Nous ne voyons rien d'anormal ni de contraire aux principes du droit à dire que pour déterminer le caractère civil ou commercial de la série d'actes réalisés par une société, il ne faut pas se restreindre à la nature intrinsèque des opérations, mais qu'il faut s'attacher aussi à l'esprit de spéculation qui préside à l'entreprise, aux procédés employés, aux appels au crédit, à la multiplicité des achats, ventes et engagements qui sont la raison d'être et l'objet des sociétés. »

Ce fragment du discours de M. Thévenet n'est-il pas concluant en faveur de la thèse de la commercialisation des actes des sociétés civiles?

Cette dernière opinion a rencontré plus d'adhésions peut-être que l'opinion inverse.

M. Thaller qui la partage l'a justifié théoriquement en disant qu'« en employant la forme par actions, elles (les sociétés) créent pour elles et contre elles une présomption légale de commercialité des actes. Cette présomption est irréfragable (1). »

Cette interprétation de l'article 68 ne me paraît pas exacte. Je ne vois nulle part la trace de cette prétendue présomption de commercialité qui résulterait de l'usage fait par une société civile de la forme par actions. L'article 68 ne dit rien de semblable. Au surplus pourquoi ferait-on produire à cette forme par actions quand elle est employée par les sociétés civiles des conséquences qu'elle n'engendre pas quand elle est revêtue par les sociétés commerciales ? Il importe de retenir que ces dernières sociétés peuvent faire des actes civils qui conservent leur nature propre. Les actes civils

1. Thaller. *Annales*, 1894. *Loc. cit.*

des sociétés commercialisées seraient donc soustraits à leur loi naturelle alors qu'on ne leur ferait pas subir le même traitement quand ils seraient accomplis par des sociétés purement commerciales.

La méthode qui consiste à déterminer la nature des actes d'après la qualité de l'agent qui les fait, est, d'ailleurs, comme on le soutient à juste titre, en contradiction formelle avec la méthode même du Code de commerce qui déduit, au contraire, la qualité de l'agent de la nature des opérations habituelles auxquelles il se livre.

Les documents parlementaires invoqués à l'appui de la commercialisation des actes ne lui sont pas aussi favorables qu'on le prétend (1). La formule de M. Clausel de Coussergues, rétablie dans son contexte, n'admet pas l'interprétation excessive qu'on en donne ; elle ne vise que les sociétés seules, et il paraît bien que M. Clausel de Coussergues ne s'attache qu'à la réglementation des sociétés, exclusivement considérées dans les conditions de constitution et de fonctionnement à leur appliquer en tant que personnes morales.

Il parle, à vrai dire, d'une manière générale de la juridiction commerciale (2), sans préciser sa pensée sur le point de savoir si la compétence de cette juridiction s'étendra même aux opérations de la société et ne sera pas limitée aux seuls litiges d'ordre intra-social. Mais voyons comment il s'exprime dans ce passage même où se trouve la phrase que nous citons plus haut : il faut être société civile ou société commerciale. « Il faut

1. D. P., 93. 4. 70.

2. Cf. D. P., 95. 2. 105 (Lacour).

choisir.... bénéficier de la limitation des pertes aux apports déterminés, mais sous les garanties correspondantes de la juridiction commerciale, avec sa célérité et son économie, de la tenue des livres, du contrôle nécessaire des opérations et de l'emploi fait du fonds social, enfin de la déclaration de faillite, etc. »

Il résulte de ce passage que toutes les exigences que le rapporteur veut faire passer dans la loi concernent la constitution et le fonctionnement de la société, mais rien ne permet de conclure qu'il ait voulu modifier la nature même des actes que ferait la société.

A vrai dire, le passage du discours de M. Thévenet contiendrait des arguments plus difficiles à écarter, s'il fallait y voir autre chose que l'expression d'une théorie personnelle à celui qui l'a exposée et que le Sénat ne s'est pas nécessairement appropriée. M. Thévenet a été, dans le débat qui eut lieu sur la réforme de la situation des sociétés civiles à formes commerciales, le défenseur de la commercialisation absolue. Tandis que certains voulaient maintenir entièrement sous le régime du Code civil les sociétés civiles qui se constitueraient dans des formes commerciales, en introduisant toutefois dans la législation civile les modifications et les compléments nécessaires ; d'autres, au contraire, et M. Thévenet était de ceux-là, préconisaient une application intégrale, sans réserve, du droit commercial, s'étendant aux actes aussi bien qu'aux sociétés. Entre ces deux théories, il y avait place pour un système intermédiaire ; c'est en somme celui que propose M. Clausel de Coussergues, qui ne visait que les sociétés seules, abstraction faite des manifestations de leur activité. Il y a tout lieu de croire que le Parlement s'est arrêté

à ce système. Il ne suffit pas que l'opinion de M. Thévenet ait été exprimée pour qu'elle ait été admise. La manière dont le texte a été rédigé démontre, au contraire, que c'est l'opinion intermédiaire qui fut adoptée.

Mais outre qu'elle semble donner une interprétation exacte de la loi elle ne mérite pas le reproche d'être irrationnelle ou moins pratique que le système inverse. Je crois, qu'il convient, en effet, de conserver aux actes civils par nature, leur caractère juridique propre et de ne pas les soustraire à l'application des règles de leur législation normale. Il est bon qu'il en soit ainsi, notamment au point de vue de la compétence. Les tribunaux civils me paraissent infiniment mieux préparés que les tribunaux consulaires à juger les différends auxquels pourront donner lieu les opérations des sociétés civiles commercialisées. En dehors des grandes villes, le recrutement des tribunaux de commerce, en supposant qu'il offre toutes garanties en ce qui concerne l'honorabilité des magistrats, n'est pas aussi complètement à l'abri des critiques en ce qui concerne leurs connaissances juridiques.

Les contestations susceptibles de s'élever, à l'occasion des actes des sociétés civiles commercialisées exigent, en général, des connaissances techniques que les juges du commerce ne possèdent pas. Un grand nombre d'opérations simples, manifestations de l'activité économique courante et journalière, sont déjà, en vertu des articles 632 et suivants du Code de commerce, de la compétence consulaire. Ce qui reste du domaine du droit civil et de ses tribunaux ce sont des opérations, et des contrats d'une nature juridique plus délicate que les actes commerciaux, et pour lesquels, tout au

moins, la simple expérience des affaires ne peut pas suppléer à l'insuffisante connaissance des règles du droit. Il vaut donc mieux laisser le soin de solutionner les différends auxquelles les opérations civiles peuvent donner lieu, aux tribunaux qui en ont connu de tout temps et qui sont composés de magistrats possédant une instruction professionnelle adéquate.

D'ailleurs, on a senti dans l'opinion que je combats, le danger qu'il y avait à altérer d'une manière générale, la qualification naturelle des actes des sociétés commercialisées. C'est ainsi que M. Thaller (1) admet une exception à la commercialisation des actes, en ce qui concerne les opérations immobilières :

« Il y a des raisons utilitaires très sérieuses à maintenir ces affaires immobilières dans la compétence des tribunaux civils et à ne pas exempter ces achats et ventes de la forme ordinaire des actes.

« Ce qui résiste à la commercialité, ce n'est pas la nature de l'opération, mais la qualité de la chose sur laquelle elle porte. »

M. Thaller reconnaît que sa solution n'est pas à l'abri de toute critique.

« Cela nous amène, dit-il, à une solution disparate pour les sociétés immobilières.

... Mais du moins, faisons-nous à l'incohérence des règles applicables à ces entreprises la plus petite part possible, une part à ce qu'il semble irréductible. »

Il paraît impossible d'admettre un système que rien dans les textes ne justifie.

La distinction qu'il établit ne trouve aucune base dans

1. *Annales droit commercial*, 1894, *loc. cit.*

l'article 68 et quelle que soit l'importance des motifs sur lesquels il se fonde, il n'en est pas moins parfaitement arbitraire (1) : il n'interprète pas la loi, il la refait : Il n'en faut retenir que l'affirmation des difficultés où se trouvent les partisans de l'opinion que j'ai combattue, d'en développer toutes les conséquences. N'est-ce pas là un argument de plus et non des moins sérieux, en faveur du parti que j'ai adopté ?

1. Lyon-Caen et Renault. *Traité*, II, n° 1085.

CHAPITRE IV

Situation des sociétés antérieures à 1893.

L'alinéa dernier de l'article 7 de la loi de 1893 dispose que les sociétés civiles, déjà constituées au moment de sa mise en vigueur, pourront sous certaines conditions se transformer en sociétés commercialisées dans les termes de l'article 68 nouveau. Il résulte de ce texte que ces sociétés civiles ont la faculté de modifier leur organisation, mais que, d'ailleurs, elles n'y sont pas tenues et ont la liberté de continuer à vivre sous le régime légal applicable à l'époque de leur constitution.

La loi de 1893 n'a donc pas eu d'effet rétroactif et c'est ce qui nous amène à examiner la situation des sociétés civiles, qui, antérieures à la promulgation de cette loi, sont demeurées sur le terrain qu'elles occupaient auparavant, à l'abri de la disposition protectrice dont je viens d'interpréter le sens.

La situation de ces sociétés est déterminée par les règles de droit dont on faisait l'application d'une manière générale, à toutes les sociétés modelées sur des types commerciaux, avant la loi de 1893. Or, j'ai eu l'occasion dans mon premier chapitre, d'indiquer sommairement la position juridique de ces sociétés. Elle

était pleine d'obscurités et d'hésitations, en définitive incertaine et précaire. J'ai cité, à ce propos, un passage du rapport de M. Thellier de Poncheville, qui, me semble-t-il, met bien en relief les difficultés de cette question, dont chaque point était l'objet de controverses.

Un seul, peut-être, n'était pas matière à discussion.

On admettait unanimement, en doctrine comme en jurisprudence, que les sociétés civiles, qui avaient emprunté certaines modalités de la pratique commerciale des sociétés, ne devaient pas être considérées à raison de ce fait comme des sociétés commerciales. En conséquence, on ne leur imposait pas l'obligation de se conformer aux prescriptions qui sont, d'une manière directe et intime, étroitement liées à la qualité de personnalité commerçante. On les dispensait de l'obligation de la tenue de livres, on ne les considérait pas comme susceptibles d'être mises en faillite, pas davantage comme justiciables des tribunaux consulaires.

A ce premier point de vue, les solutions qui résultent de la loi de 1893 sont directement inverses.

Mais fallait-il astreindre ces sociétés, quand elles revêtaient une forme analogue ou identique à celles des sociétés commerciales par actions aux prescriptions de la loi du 24 juillet 1867 ?

Une opinion, celle qui recueillait le plus de suffrages, préconisait l'affirmative. On invoquait en sa faveur des arguments fondés sur des nécessités d'ordre supérieur ; la loi de 1867, en effet, a été avant tout inspirée par le désir de protéger le public contre les agissements malhonnêtes de tous ceux qui seraient tentés de transformer l'organisme de la société par actions en un moyen facile d'escroquerie et de vol. Or les raisons

qui ont motivé la réglementation, que contient cette loi, ne commandent-elles pas de l'appliquer indistinctement aux sociétés commerciales et aux sociétés civiles ? Sur l'appui de cette interprétation des dispositions de la loi de 1867 on établissait la légitimité de l'extension de ses règles aux sociétés civiles.

Cette théorie n'était pas unanimement partagée ; cependant elle avait pour elle cet avantage d'avoir été consacrée par une jurisprudence nombreuse et quasi générale. Elle aboutissait à imposer aux sociétés civiles qui se constituaient dans une forme comparable à celles des sociétés commerciales par actions toutes les méticuleuses prescriptions de la loi de 1867, concernant le taux et la négociation des actions, la souscription du capital social, les assemblées constitutives, la vérification des apports en nature, l'approbation des avantages particuliers, la publicité, etc.

Cependant, au sein même du parti qui défendait cette opinion, une controverse s'élevait sur l'étendue de l'extension à faire des dispositions de la loi de 1867 aux sociétés civiles. Fallait-il même leur appliquer, le cas échéant, les sanctions pénales établies dans la loi ? Il semblait à certains que l'interprétation particulièrement stricte, qui est de principe pour les textes répressifs, ne permettait pas qu'on en fit usage contre les sociétés civiles, parce qu'ils ne leur avaient pas été expressément destinés.

Mais ce n'était là qu'une contestation secondaire, et abstraction faite de ces difficultés de détail, on peut considérer, en définitive, que dans la théorie dominante l'emploi de la forme commerciale par actions entraînait l'application des dispositions de la loi de 1867.

Mais, à supposer que cette loi eût été respectée, en concluait-on que la situation des sociétés civiles qui s'y étaient soumises fût identique à celle des sociétés commerciales ? Pouvaient-elles à ce prix, revendiquer le bénéfice de toutes les clauses mises en œuvre par ces dernières ? Pouvaient-elles douer leurs parts sociales des attributs qui donnent aux actions leur physionomie originale, c'est-à-dire la limitation des risques au montant nominal du titre et la faculté de négociation ?

Ces questions ne recevaient pas des réponses unanimement concordantes. Certains prétendaient que les sociétés civiles n'étaient pas, par nature, frappées d'une incapacité de fonctionner suivant les modes commerciaux, que la responsabilité limitée ou la négociabilité des parts ne leur étaient pas interdites *à priori*, que par suite quand les prescriptions de la loi commerciale adéquates à ces modalités particulières des sociétés étaient respectées par elles, aucune raison ne s'opposait plus à ce qu'elles les mettent en usage comme les sociétés commerciales elles-mêmes (1).

Dans une opinion contraire, on se refusait à faire produire à l'observation de la loi de 1867 de telles conséquences. On paraissait considérer les obligations imposées par cette loi comme exclusivement liées à la forme extérieure revêtue par les sociétés. Il découlait de ce principe que les sociétés civiles et commerciales étaient astreintes, lorsqu'elles étaient analogues par la forme de leur constitution, à une réglementation identique : celle de la loi de 1867. Mais là s'arrêtaient les affinités et les ressemblances ; chacune des catégories

1. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 3^e édition, tome II, p. 910.

de sociétés, au point de vue des règles de fond, restait sous l'application de sa loi propre : civile ou commerciale. Or le Code civil admettait-il les restrictions statutaires à la responsabilité ? les conséquences que comporte la faculté de négociation ? Le doute était très grand et en général la réponse était négative.

Cette dernière théorie était assez généralement admise par la jurisprudence, qui cependant ne l'a jamais formulée que d'une manière assez imprécise (1). Toutefois elle semble ressortir d'un arrêt de la Cour de Paris (21 mai 1892. Sirey, 1892.2.270) dont j'extrais le passage suivant : « Il est sans intérêt de rechercher si toutes les conséquences de l'anonymat pourront être revendiquées par les associés civils à l'encontre des tiers ayant contracté avec la société ; mais que cette seule qualification inscrite dans le pacte social a pour effet de soumettre les associés entre eux et pour la validité de leurs conventions aux conditions de la loi précitée (24 juillet 1867) (2). Il résulte de ce passage que la réglementation de 1867 s'impose à raison de la forme extérieure, bien plus de la seule qualification de la société ; quant aux conséquences de fond inhérentes à l'anonymat commercial, l'arrêt considère comme sans intérêt de s'en occuper, mais la formule qu'il emploie semble bien indiquer que, le cas échéant, il eût refusé de les admettre.

On voit, que c'est à juste titre que je disais que la situation des sociétés civiles constituées dans des formes commerciales était avant 1893, incertaine, précaire et

1. Cf. *Pandectes chronologiques*, 1901.1.81 en note. *Pandectes françaises*. Vo Société, n° 3156. D. P., 1904.2.333.

2. Cf. D., 1887.2.235. S., 1878.2.305.

sujette à de nombreuses contestations. Or la loi de 1893, n'a rien changé à cette situation et par suite, la question reste toujours ouverte de savoir quel est le régime actuel applicable aux sociétés civiles constituées antérieurement à 1893.

L'interprétation que j'ai présentée des règles du Code civil, en matière de sociétés, doit déterminer dans une large mesure les solutions à donner à la question des sociétés civiles d'avant 1893.

J'ai considéré que la limitation de responsabilité et la négociabilité des parts étaient inconciliables avec les textes et l'esprit de la législation civile. Ceci étant admis, il ne reste plus qu'à se demander si l'on doit donner une solution inverse dans l'hypothèse où la réglementation de la loi de 1867 a été respectée. Je crois qu'il faut répondre d'une manière négative. La loi de 1867 a été expressément destinée aux sociétés commerciales. On ne peut en aucune façon en rendre les dispositions applicables aux sociétés civiles, qu'il s'agisse d'ailleurs de dispositions répressives ou d'autres. La jurisprudence qui a imposé cette réglementation exceptionnelle aux sociétés est purement arbitraire ; les tribunaux se sont subrogés au législateur et ont prescrit, d'une manière fantaisiste, l'application de textes spéciaux à des associations qui n'avaient pas à les connaître. Et de même qu'il me paraît impossible d'étendre obligatoirement les règles de la loi de 1867 aux sociétés civiles, il me paraît de même impossible dans l'hypothèse où elles s'y seront soumises spontanément d'admettre leur assimilation intégrale aux sociétés commerciales. En effet, il n'est pas au pouvoir des sociétés civiles de transformer de leur seule autorité le régime

qu'elles doivent subir. Les emprunts volontaires qu'elles peuvent faire à la législation commerciale ne les soustraient pas aux règles de la législation civile qui constituent leur statut naturel et qu'il ne leur appartient pas de suivre ou de désert. Elles ne tiennent cette faculté que de la loi de 1893, dont l'existence serait injustifiable s'il était possible d'atteindre, en dehors d'elle, les solutions qu'elle contient.

En résumé les prescriptions de la loi de 1867 ou les autres dispositions applicables aux sociétés commerciales ne doivent pas être étendues aux sociétés civiles, constituées dans des formes commerciales avant la loi de 1893, et dans le cas où elles s'en seraient imposées de plein gré, le respect, elles n'auraient pas acquis par ce moyen le droit de fonctionner suivant des modes inconciliables avec le droit civil.

Mais il est loin d'être universellement admis, comme nous avons eu l'occasion de le voir, que la limitation de responsabilité et le fractionnement du capital en parts négociables soient incompatibles avec les principes du Code civil en matière de société. Aussi bien certains auteurs soutiennent que les sociétés civiles pouvaient valablement, avant 1893, se constituer dans des formes analogues à celles des sociétés commerciales par actions et qu'elles continuent par application de l'article 7 de la loi de 1893, à bénéficier de cet avantage sans être astreintes à d'autres prescriptions que celles du Code civil. Ainsi dans cette théorie la réglementation de la loi de 1867 ne s'impose pas à ces sociétés et néanmoins elles peuvent être organisées sur le type des sociétés en commandite ou des sociétés par actions.

C'est ainsi que M. Thaller (1) distingue dans le droit commercial deux catégories de dispositions, les unes impératives, les autres interprétatives de volonté. Les premières ne peuvent être appliquées qu'à des sociétés commerciales ; mais les secondes peuvent être adaptées par les sociétés civiles à leur propre organisation. En conséquence l'emploi que feront ces dernières des formes commerciales manifestera simplement leur intention d'être traitées conformément aux dispositions du droit commercial, qui, n'étant pas impératives, ne sont pas exclusivement réservées aux sociétés commerciales.

En conséquence les sociétés civiles qui se seront donné une forme commerciale, jouiront par exemple de la même prescription que les sociétés commerciales, pourront comme elles fractionner leur capital en actions et cantonner la responsabilité sociale au montant des mises.

Cette théorie ne me paraît pas exacte. La distinction entre les dispositions impératives et interprétatives de volonté ne conduit pas aux conséquences qu'on lui fait produire. Les unes et les autres sont étroitement liées ; les dispositions impératives forment, comme nous l'avons vu, le contrepoids des modalités que les associés ont la faculté d'insérer dans les statuts de leurs sociétés, les éléments constitutifs du droit commercial des sociétés ; ne peuvent pas être l'objet d'isolements et de disjonctions. Elles forment un tout dont les fractions étroitement unies ne peuvent être envisagées individuellement sous peine de fausser l'économie du système légal. Et

1. Cf. Thaller, *Traité élémentaire*, 3^e édit., n° 746.

la question, la vraie question se repose à nouveau. Le Code civil permet-il aux sociétés civiles d'employer les formes commerciales, caractérisées par leurs deux traits essentiels? Sur ce terrain-là, M. Thaller soutient également sa théorie par les arguments que nous avons déjà rencontrés, l'un tiré de la personnalité morale de la société civile, l'autre des règles du mandat. Nous ne les avons admis ni l'un ni l'autre.

Pratiquement cette dernière opinion que nous venons d'examiner est dangereuse ; elle aboutit, en effet, à autoriser dans les sociétés civiles, les mêmes clauses, fonctionnant dans les mêmes conditions que dans les sociétés commerciales, sans aucune des garanties et des précautions corrélatives établies dans la loi commerciale ; ainsi les actions ne seront pas soumises au versement du quart ; elles pourront être mises au porteur avant leur entière libération ; les apports en nature pourront n'y faire l'objet d'aucune vérification (1).

La logique de la théorie, fondée toute entière sur les principes seuls du Code civil, le veut ainsi.

Et, à ce point de vue, on peut se demander si l'opinion qui valide l'emploi des règles de fond des sociétés commerciales dans les sociétés civiles, à condition qu'elles respectent la réglementation commerciale, on peut se demander si dans la pratique cette opinion ne vaudrait pas mieux (2)? C'est sans doute à ces préoccupations utilitaires qu'ont obéi certains arrêts. Elles sont bien compréhensibles dans l'esprit de magistrats désireux de concilier à la fois les intérêts des sociétés et ceux des tiers.

1. Thaller. *Traité élémentaire*, n° 748.

2. *Annales droit commercial*, 1887-1888.2.295.

Mais en théorie, je crois qu'il faut s'en tenir à l'opinion qui refuse toute valeur légale aux clauses commerciales de limitation de responsabilité et de division du capital en actions négociables, et en conséquence je les considère comme frappées de nullité. Les tiers auront le droit d'invoquer cette nullité, d'envisager ces stipulations comme non écrites à leur égard et de demander l'application du droit commun, c'est-à-dire la responsabilité illimitée et personnelle de chaque associé, responsabilité illimitée dans son étendue comme dans sa durée.

Cette solution garantit aussi efficacement que possible les recours des tiers ; il est vrai qu'elle aboutit à annuler en fait les sociétés créées sous une forme commerciale, mais toute autre conception paraît ou purement arbitraire ou contraire au droit civil.

Vu : le Doyen,
LYON-CAEN

Vu : le Président de la thèse,
THALLER

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie,
LIARD

TABLE

	Pages
CHAPITRE I. — Les sociétés civiles à formes commerciales avant 1893. La loi du 1 ^{er} août 1893. Difficultés d'interprétation de cette loi	1
CHAPITRE II. — Recherche des caractères distinctifs des sociétés civiles soumises à l'application de l'article 68 de la loi du 1 ^{er} août 1893. Les sanctions des irrégularités	19
<i>Section préliminaire</i>	19
<i>Section I.</i> — La raison sociale	28
<i>Section II.</i> — La responsabilité limitée	29
<i>Section III.</i> — La division du capital en parts négociables.	60
<i>Section IV.</i> — Examen de deux controverses sur la détermination des caractères distinctifs.	88
<i>Section V.</i> — Interprétation des clauses statutaires susceptibles d'entraîner la commercialisation.	104
<i>Section VI.</i> — Sanctions applicables aux sociétés civiles irrégulièrement constituées dans une forme commerciale.	111
CHAPITRE III. — Les effets de la commercialisation. Détermination de leur étendue	115
CHAPITRE IV. — Situation des sociétés antérieures à 1893.	127

